

В. 5483.

660.5

УЧЕНІЕ

О

РАЗДѢЛИТЕЛЬНЫХЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХЪ

ПО

РИМСКОМУ ПРАВУ И НОВѢЙШИМЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАМЪ.

СОЧИНЕНІЕ

К. Бернштейна,

Д-РА ПРАВЪ БЕРЛИНСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

САНКТПЕТЕРБУРГЪ.

ТИПОГРАФІЯ ТОВАРИЩЕСТВА «ОБЩЕСТВЕННАЯ ПОЛЬЗА»

по Мойкѣ, д. № 5.

1871.

В. 3483.

УЧЕНІЕ

6. E. o. 5

О

РАЗДѢЛИТЕЛЬНЫХЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХЪ

ПО

РИМСКОМУ ПРАВУ И НОВѢЙШИМЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАМЪ.

СОЧИНЕНІЕ

К. Бернштейна,

ДРА ПРАВЪ БЕРЛИНСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

САНКТПЕТЕРБУРГЪ.

ТИПОГРАФІЯ ТОВАРИЩЕСТВА «ОБЩЕСТВЕННАЯ ПОЛЬЗА»,

по Мойкѣ, д. № 5.

1871.

Печатать дозволяется по опредѣленію Юридическаго факультета Императорскаго
С.-Петербургскаго университета 18 Ноября 1871 года.

Деканъ С. Пашманъ.



№ 96

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	СТРАН.
Предисловіе	I
Литература	VII
ГЛАВА I. Введеніе	1
ГЛАВА II. Установленіе раздѣлительныхъ обязательствъ	8
§ 1. Объ установленіи раздѣлительныхъ обязательствъ вообще	8
§ 2. Юридическія сдѣлки вообще	10
§ 3. Stipulatio	11
§ 4. Безыменные договоры	13
§ 5. Litterarum obligatio, реальныя и консенсуальныя договоры	14
§ 6. Dictio	16
§ 7. Pollicitatio	18
§ 8. Jurata promissio operarum liberti, дарственное обѣ- щаніе, обѣщаніе пени, constitutum, dos aestimata.	21
§ 9. Одностороннія сдѣлки	22
§ 10. Quasi—договоры	23
§ 11. Правонарушенія и Quasi—правонарушенія.	25
§ 12. Источники раздѣлительныхъ обязательствъ по Рус- скому праву	26
ГЛАВА III. Условія дѣйствительности сдѣлокъ, дающихъ начало альтернативнымъ обязательствамъ. Значеніе усло- вія и срока	28
§ 1. Введеніе	28
§ 2. Невозможность содержанія сдѣлки	29
§ 3. Заблужденіе, обманъ и принужденіе	33
§ 4. Условіе и срокъ	35
ГЛАВА IV. О правѣ выбора	42

II

	СТРАН.
РАЗДѢЛЪ I.	О лицѣ, которому принадлежитъ право выбора 42
§ 1. Общія соображенія	42
§ 2. Римское право. Случай, когда раздѣлительное обязательство установлено посредствомъ договора	44
§ 3. Продолженіе	48
§ 4. Случай, когда раздѣлительное обязательство возникло изъ дѣгата	53
§ 5. Продолженіе	59
§ 6. Продолженіе	62
§ 7. Мотивы Римскаго права въ ученіи о правѣ выбора и критика этого ученія	64
§ 8. Новѣйшія законодательства	69
§ 9. Русское законодательство въ особенности	73
§ 10. Право выбора, принадлежащее нѣсколькимъ субъектамъ	76
§ 11. Продолженіе	81
§ 12. Случай, когда право выбора предоставлено третьему лицу	85
РАЗДѢЛЪ II.	Объ осуществленіи права выбора и такъ называемомъ <i>jus variandi</i> 95
§ 1. Общія соображенія	95
§ 2. Римское право. Осуществленіе права выбора должникомъ	99
§ 3. Продолженіе	101
§ 4. Продолженіе	104
§ 5. Продолженіе	106
§ 6. Осуществленіе права выбора вѣрителемъ	111
§ 7. Упрощеніе обязательства посредствомъ договора сторонъ	114
§ 8. Частичное исполненіе обязательства, какъ средство осуществленія права выбора	117
§ 9. Цѣлесообразность права перемѣны выбора (<i>jus variandi</i>)	120
§ 10. Новѣйшія законодательства	123
§ 11. Продолженіе	127
§ 12. <i>Jus variandi</i> сторонняго лица	130
РАЗДѢЛЪ III.	Продолжительность права выбора, прекращеніе его и пути къ его осуществленію 131

III

	СТРАН.
§ 1. Продолжительность права выбора	131
§ 2. Прекращеніе права выбора	136
§ 3. Пути къ осуществленію права выбора	138
РАЗДѢЛЪ IV.	О предметахъ выбора или т. н. недѣлимости раздѣлительныхъ обязательствъ 141
§ 1. Общія соображенія	141
§ 2. Доказательства дѣлимости раздѣлительныхъ обязательствъ	144
§ 3. Новѣйшія законодательства	150
РАЗДѢЛЪ V.	О такъ называемой личности права выбора (<i>Persönlichkeit des Wahlrechts</i>) 151
§ 1. Введеніе	151
§ 2. Выборъ предоставленный вѣрителю	152
§ 3. Право выбора, принадлежащее должнику	157
§ 4. Передача права выбора	158
§ 5. Новѣйшія законодательства	159
РАЗДѢЛЪ VI.	Вліяніе заблужденія на право выбора 160
а) Заблужденіе со стороны должника. <i>Condictio indebiti</i> .	
§ 1. Общія положенія	160
§ 2. I. группа случаевъ	162
§ 3. Продолженіе	164
§ 4. II. Группа случаевъ	166
§ 5. Продолженіе	171
§ 6. б) Ошибка со стороны кредитора	173
в) Ошибка при выборѣ въ случаѣ участія нѣсколькихъ субъектовъ въ обязательствахъ.	
§ 7. Ошибка въ случаѣ участія нѣсколькихъ должниковъ, когда участвуютъ не корреальные должники	176
§ 8. Продолженіе. Когда участвуютъ корреальные должники	177
§ 9. Продолженіе. Когда нѣсколько вѣрителей въ обязательствахъ	179
§ 10. г) Последствія заблужденія по новѣйшимъ законодательствамъ	179
ГЛАВА V.	Вліяніе просрочки 184

	СТРАН.
§ 1. О просрочкѣ вообще	184
§ 2. Просрочка уплаты. (Mora solvendi)	186
§ 3. Просрочка въ приемѣ уплаты (Mora accipiendi)	188
§ 4. Дѣйствіе просрочки на право выбора, принадлежащее должнику	194
§ 5. Послѣдствія просрочки по новѣйшимъ законодательствамъ	198
ГЛАВА VI. Вліяніе которое имѣютъ supra и casus на раздѣлительное обязательство	202
РАЗДѢЛЪ I. Невозможность совершенія дѣйствія вслѣдствіе случая	203
I. Случай, въ которыхъ имѣетъ мѣсто случайная невозможность относительно одного изъ предметовъ.	
§ 1. А. Когда право выбора принадлежит должнику	203
§ 2. Продолженіе. О такъ наз. oblatio aestimationis	208
§ 3. В. Когда выборъ принадлежит вѣрителю	214
§ 4. II. Случай, когда оба предмета погибли случайно	216
§ 5. III. Новѣйшія законодательства	218
РАЗДѢЛЪ II. Невозможность уплаты по винѣ должника и вслѣдствіе случая	222
I. Случай, когда уплата одной вещи сдѣлалась невозможною по винѣ должника, другая же вещь существуетъ и можетъ быть уплачена.	
§ 1. А. Когда выборъ предоставляется должнику	222
§ 2. В. Когда выборъ предоставленъ вѣрителю	225
II. Случай, когда сперва одна вещь погибла по винѣ должника, потомъ же случайно погибла другая.	
§ 3. А. Когда право выбора принадлежит должнику	226
§ 4. В. Когда право выбора принадлежит вѣрителю	229
§ 5. III. Случай, когда одна вещь погибла случайно, затѣмъ другая погибла по винѣ должника	229
§ 6. IV. Случай, когда оба предмета погибли однимъ за другимъ по винѣ должника	230
§ 7. V. Случай, когда обѣ вещи погибли одновременно, по винѣ должника	230

	СТРАН.
VI. Новѣйшія законодательства	231
§ 8. Французское законодательство	231
§ 9. Остзейское право	234
§ 10. Саксонское право	236
§ 11. Баварскій проектъ	237
§ 12. Австрійское и Прусское законодательство	238
РАЗДѢЛЪ III. Невозможность уплаты по винѣ вѣрителя и вслѣдствіе случая.	
§ 1. Введеніе	239
I. Случай, когда одна вещь погибла по винѣ вѣрителя, другая же еще существуетъ.	
§ 2. А. Когда выборъ принадлежит должнику	240
§ 3. В. Когда право выбора на сторонѣ вѣрителя	243
II. Случай, когда одна вещь погибла по винѣ вѣрителя, другая же потомъ погибла случайно.	
§ 4. А. Когда право выбора на сторонѣ должника	246
§ 5. В. Когда право выбора на сторонѣ вѣрителя	247
§ 6. III. Случай, когда одна вещь погибла случайно, другая затѣмъ по винѣ вѣрителя	247
§ 7. IV. Случай, когда обѣ вещи погибли одна за другою по винѣ вѣрителя	249
§ 8. V. Случай, когда обѣ вещи погибли одновременно по винѣ вѣрителя	249
§ 9. VI. Новѣйшія законодательства	250
§ 10. Продолженіе	252
§ 11. Продолженіе	254
РАЗДѢЛЪ III. Случай, когда одна вещь погибаетъ по винѣ должника, а другая по винѣ вѣрителя	256
ГЛАВА VII. Способы прекращенія раздѣлительнаго обязательства	259
§ 1. Solutio	259
§ 2. Обновленіе (novatio)	265
§ 3. Accertilatio	270
§ 4. Dictio	274
§ 5. Зачетъ (compensatio)	276
§ 6. Договоръ о невзысканіи, pactum de non petendo	281
ГЛАВА VIII. Раздѣлительное обязательство какъ предметъ отказа	282

	СТРАН.
ГЛАВА IX.	Раздѣлительное обязательство при поручительствѣ 288
§ 1.	О поручительствѣ вообще 288
§ 2.	Раздѣлительное обязательство, какъ обязательство дополнительное 290
§ 3.	Раздѣлительное обязательство, какъ главное обя- зательство 293
§ 4.	Раздѣлительное обязательство, какъ главное и дополнительное обязательство 295
§ 5.	Новѣйшія законодательства 298
§ 6.	Продолженіе 300
ГЛАВА X.	Искъ по раздѣлительному обязательству 304
ГЛАВА XI.	Заключеніе 311
§ 1.	Теорія условности раздѣлительныхъ обязательствъ 311
§ 2.	Наша теорія раздѣлительныхъ обязательствъ 315
§ 3.	Названіе раздѣлительнаго обязательства 321
§ 4.	Мѣсто раздѣлительнаго обязательства въ систе- мѣ права 325

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Предметъ этого сочиненія — ученіе о раздѣлительныхъ обя-
тельствахъ.

Нѣкоторымъ, предметъ этотъ можетъ показаться мелкимъ и от-
даленнымъ, но въ наукѣ онъ одинъ изъ любопытнѣйшихъ и наи-
болѣе заслуживающихъ вниманія. Юридическій анализъ этого
института представляетъ задачи необыкновенной трудности и тон-
кости. Мы сочтемъ себя счастливыми, если предлагаемое изслѣ-
дованіе поможетъ ихъ рѣшенію.

Впрочемъ роль предмета настоящаго изслѣдованія вовсе не
такъ незначительна въ практикѣ и законодательствѣ, какъ ду-
маютъ иные. Легко убѣдиться въ этомъ, бросивъ только взглядъ
на собранія рѣшеній иностранныхъ судебныхъ установленій и
на различныя иностранныя законодательства по гражданскому
праву.

Code Napoleon, котораго нельзя упрекнуть въ излишней и без-
полезной казуистикѣ, посвящаетъ раздѣлительному обязательству
особый раздѣлъ въ восемь статей, livre III, tit III, section III, des
obligations alternatives A. 1189—1196 включительно. Съ та-
кимъ же вниманіемъ, естественно, отнеслись къ этому институту
законодательства тѣхъ странъ, въ которыхъ Code Napoleon взять

образцомъ или введенъ, какъ дѣйствующее законодательство: въ царствѣ Польскомъ, Бельгій, Голландіи, Италіи и т. д.

Еще большее вниманіе обращено на раздѣлительное обязательство въ гражданскихъ законахъ остзейскихъ губерній, въ гражданскомъ уложеніи королевства Саксонскаго, въ проектѣ гражданского уложенія для великаго герцогства Гессенскаго, въ проектѣ гражданского уложенія для королевства Баварскаго.

Гораздо менѣе обработано раздѣлительное обязательство въ Прусскомъ земскомъ правѣ и въ Австрійскомъ гражданскомъ уложеніи.

Русскіе гражданскіе законы вовсе не знаютъ раздѣлительнаго обязательства, но это едва ли удивительно: недостаетъ же у насъ правового регулированія институтовъ гораздо болѣе важныхъ. Русское правовѣденіе занималось уже раздѣлительнымъ обязательствомъ, хотя поверхностно и мимоходомъ, такъ напримѣръ можно найти нѣсколько словъ объ этомъ предметѣ у Мейера, въ изданныхъ по его смерти лекціяхъ о русскомъ гражданскомъ правѣ.

При рѣшеніи нашей задачи мы держались, прежде всего, римскаго права, въ которомъ нужно признать основаніе новѣйшихъ изслѣдованій и законодательствъ о раздѣлительномъ обязательствѣ.

Римскіе юристы, въ жаркихъ спорахъ, старались здѣсь, какъ и въ другихъ областяхъ права, уловить сущность института. Но здѣсь также, какъ и въ другихъ областяхъ права, они только положили основанія зданія. Довершеніе начатаго ими дѣла досталось новѣйшему правовѣденію.

Поэтому, при изслѣдованіи нашего предмета, мы не ограничивались исключительно однимъ римскимъ правомъ, но имѣли въ виду также всѣ важнѣйшія, новѣйшія законодательства.

Изучая римское право, мы всегда имѣли въ виду, что собранія узаконеній Юстиніана никогда не имѣли въ Россіи значенія дѣйствующаго закона. Римское право имѣетъ у насъ авторитетъ чисто научный. Никакое положеніе римскаго права не можетъ быть примѣнено, развѣ оно является выводомъ логической и юридической необходимости, оно получаетъ право гражданства только какъ *ratio scripta*.

Римское право не представляется намъ чѣмъ то въ родѣ юридическаго откровенія, въ которое долженъ безусловно вѣрить всякій правовѣрный юристъ. Въ нашихъ глазахъ оно не болѣе какъ твореніе челоуѣка, твореніе, правда, удивительнаго величія и красоты, но не безъ недостатковъ и слабыхъ сторонъ, не безъ устарѣвшихъ въ настоящее время особенностей и исторической плѣсени.

Этой точкой зрѣнія опредѣляются наши отношенія къ Юстиніановымъ сборникамъ, въ особенности, къ пандектамъ.

Издавая пандекты, Юстиніанъ полагалъ, что создалъ цѣлостный, гармоническій сводъ. Онъ предавался той мечтѣ, которой также не чужды были новѣйшіе законодатели. Но уже при первомъ примѣненіи на практикѣ, вѣроятно, должно было обнаружиться, насколько Юстиніанъ ошибался въ этомъ отношеніи.

Юстиніановы сборники представляютъ образецъ крайняго юридическаго безсилія. Пандекты представляютъ неудачную компиляцію отрывковъ разнѣйшихъ сочиненій большаго числа римскихъ юристовъ разныхъ временъ и разныхъ школъ. На самостоятельную обработку и передачу дѣйствующаго права Юстиніанъ вовсе не рѣшился. Что такой сборъ отрывковъ едва ли могъ имѣть внутреннюю связь — это можно было бы сказать за-

ранѣе. Хотя компиляторы Юстиніана, для устранения извѣстныхъ имъ противорѣчій, дѣлали все возможное путемъ вставокъ и измѣненій, пандекты все же полны противорѣчій: ежеминутно мы наталкиваемся въ нихъ на поразительнѣйшую дисгармонію основныхъ воззрѣній и отдѣльныхъ положеній.

Еслибъ мы видѣли въ сборникахъ Юстиніана законодательный сводъ, котораго мы должны комментировать, то все эти противорѣчія были бы для насъ весьма неудобны и причиняли бы намъ много заботъ и трудовъ. Соглашать противорѣчія, по возможности приводить ихъ къ одной основной мысли-задача, безъ сомнѣнія, весьма неблагодарная.

Но мы, напротивъ, съ нашей точки зрѣнія, рады каждому противорѣчію. Оно намъ даетъ возможность заглянуть во внутреннюю работу римскаго правовѣденія, оно намъ открываетъ борьбу школъ и принциповъ. Еще больше, противорѣчія римскаго правовѣденія освобождающимъ образомъ дѣйствуютъ на умъ нашъ, доказывая, что римскіе юристы и въ области своего собственнаго права не были непогрѣшимы: эти противорѣчія доставляютъ намъ случай оцѣнить рѣшенія и правила римскихъ юристовъ съ точки зрѣнія римскаго права, и приводятъ насъ къ убѣжденію, что даже согласно римскому праву эти рѣшенія и правила иногда могли быть выработаны ипаче и лучше.

Мы и къ повѣйшимъ законодательствамъ, конечно должны были относиться съ той же свободой, какую мы предоставили себѣ въ отношеніи Римскаго права. Изъ повѣйшихъ законодательствъ мы имѣли въ виду, при нашемъ изслѣдованіи, слѣдующія: Французское, Прусское, Австрійское, Саксонское, гражданскіе законы нашихъ Остзейскихъ губерній. Кроме того, мы постоянно обращали вни-

маніе на замѣчательный проектъ гражданскаго уложенія для королевства Баварскаго и, въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, указали также на проектъ гражданскихъ законовъ для великаго герцогства Гессенскаго.

При нашемъ сравнительномъ изслѣдованіи мы разсмотрѣли особенно подробно законы французскіе и законы Остзейскихъ губерній, потому что они входятъ въ составъ Русскаго законодательства.

Впрочемъ, представить совершенно полное сравненіе различныхъ законодательствъ, едва ли было возможно. Во первыхъ, сравнительное правовѣденіе — наука еще слишкомъ молодая, во вторыхъ, не во всѣхъ законодательствахъ съ равною предусмотрительностью обработана богатая казуистика нашего предмета.

Гдѣ только возможно было, мы старались разрѣшать возникающіе при раздѣлительномъ обязательствѣ вопросы, руководствуясь, кромѣ другихъ, и русскимъ законодательствомъ. Мы вполне сознаемъ слабость этихъ попытокъ, но при полнѣйшемъ отсутствіи точекъ опоры въ положительномъ законодательствѣ, въ практикѣ и наукѣ Русскаго права смѣемъ надѣяться на снисходительное обсужденіе этой части нашего труда.

ЛИТЕРАТУРА.

Такъ какъ раздѣлительное обязательство касается почти всѣхъ отдѣловъ общей части обязательственнаго права, то мы должны были просмотрѣть различнѣйшія монографіи, которыя могли хоть только косвенно относиться къ нашему предмету. Дать перечень ихъ мы считаемъ излишнимъ. Мы считаемъ излишнимъ также указать известные учебники, болѣе или менѣе удовлетворительно рассматривающіе предметъ нашего изслѣдованія. Здѣсь мы назовемъ только замѣчательнѣйшія сочиненія, ex professo занимающіяся нашимъ предметомъ. Другія сочиненія будутъ приведены въ своемъ мѣстѣ, по мѣрѣ надобности.

Hertius de electione ex obligatione alternativa debitori debita.

In comment. atque opusc. Frankof 1700.

v. Gülchen—de obligatione alternativa Tub. 1636.

de Brassier—de causis alternativis Heidelb. 1821.

de Bruyn—de obligatione alternativa secundum jus hodiernum Lovanii.

M. Berwin—de vi ac potestate obligationis alternativae Berolini 1866.

J. S. Arendt " " " "

S. Lindheimer de disjunctiva obligatione Berolini 1867.

I. P. Muth—de obligatione alternativa " "

M. de Thielemann—de obligatione alternativa Berolini 1866.

Vangerow—Pandekten bd. III § 569.

Savigny—Obligationenrecht bd. I §§ 31 u. 38.

Fitting—die natur der correobligationen § 23 sqq.

Pothier—traité des obligations

C. F. Reatr—die *condictio indebiti* bei alternativen obligationen Giessen 1855.
 Zimmeru—Über casus u. culpa bei alternativen obligationen. Civ. Arch. bd. I.
 Demelius—über s. wahlrecht „ „ Zschr. f. civr u.
 pr. N. I. bd. XVII.

Mommsen—die unmöglichkeit der leistung s. 308 fgg.
 „ die mora s. 259 fgg.
 v. Madai—die mora s. 396 fgg.

Hasenbalg—die bürgschaft. §§ 14 и 15.
 Unger—Oestereichisches privatrecht III. § 76.
 Koch—Recht der forderungen § 5.
 Förster—Preussisches privatrecht § 65.
 Toullier—t. VI.
 Dalloz. s. v. obligations alternatives.

ГЛАВА I.

ВВЕДЕНИЕ.

Раздѣлительнымъ или альтернативнымъ обязательствомъ называется обязательство, по которому должникъ обязанъ исполнить одно изъ нѣсколькихъ опредѣленныхъ дѣйствій. Любимый примѣръ подобнаго обязательства, въ источникахъ Римскаго права, слѣдующій: должникъ обѣщаетъ кредитору дать раба Стиха или раба Намфила. Конечно, въ раздѣлительномъ обязательствѣ число предметовъ не ограничивается именно двумя; обѣщанные предметы могутъ быть обозначены не только индивидуально, но и по роду; — содержаніе обѣщаннаго дѣйствія, наконецъ, можетъ состоять не въ одной только передачѣ вещи. Для краткости и простоты изложенія мы, однакожь, въ настоящемъ сочиненіи постоянно будемъ имѣть въ виду тотъ случай, когда число альтернативно-обѣщанныхъ дѣйствій не больше двухъ, и дѣйствія эти состоятъ въ передачѣ индивидуально обозначенныхъ вещей. Такимъ образомъ мы надѣемся избѣгнуть изложенія и разъясненія многихъ вопросовъ, не относящихся прямо къ нашему предмету. Цѣль настоящаго изслѣдованія состоитъ въ изученіи юридической природы раздѣлительнаго обязательства. Самый существенный вопросъ при этомъ изслѣдованіи слѣдующій: что собственно составляетъ предметъ раздѣлительнаго обязательства?

Вопросъ этотъ издавна занималъ юристовъ и раздѣлялъ ихъ на два главные лагеря.

Одни утверждали, что обѣ обѣщанныя вещи составляютъ предметъ обязательства, хотя и не совокупно, но альтернативно; поэтому доставленіемъ хотя только одной изъ обѣщанныхъ вещей выполняется обязательство и прекращается право кредитора на другую вещь. Это воззрѣніе выразилось еще во времена Глоссаторовъ въ слѣдующей юридической поговоркѣ: *utrumque est in obligatione, unum in solutione* ¹⁾. Этого воззрѣнія придерживаются и въ новѣйшее время самые замѣчательные юристы, какъ то: Потье ²⁾, Цэхаріэ ³⁾, Вехтеръ ⁴⁾, Пухта ⁵⁾.

Другіе юристы, напротивъ, утверждаютъ, что въ раздѣлительномъ обязательствѣ несомнѣнно то, что *одна* изъ обѣщанныхъ вещей составляетъ предметъ обязательства, но неизвѣстно *какая* именно. Эта неопредѣленность происходитъ отъ конкуренціи, отъ совмѣстничества нѣсколькихъ вещей и прекращается вмѣстѣ съ этимъ совмѣстничествомъ, какъ напримѣръ въслѣдствіе гибели или выбора одной изъ обѣщанныхъ вещей. Главными представителями этого воззрѣнія можно считать Тулье ⁶⁾ и Фитинга ⁷⁾.

Такимъ образомъ, по первому воззрѣнію раздѣлительное обязательство, по содержанію, должно считаться обязательствомъ опредѣленнымъ, по второму—неопредѣленнымъ.

Если выборъ предмета уплаты принадлежитъ должнику, то разумѣется кредиторъ можетъ требовать только того или другаго предмета альтернативно; такъ напримѣръ, если ему обѣщано *a* или *b*, онъ только и можетъ требовать *a* или *b*, но требовать исключительно *a*, или исключительно *b*, онъ не въ правѣ. Напротивъ, если въ данномъ случаѣ выборъ предоставленъ кредитору, то онъ можетъ обратить свое требованіе исключительно на *a* или же исключительно на *b*, ибо, тре-

¹⁾ Glossa ad. l. 5 § 2 qui et a quibus 40. 9.

²⁾ Pothier. Traité des obligations № 246.

³⁾ Zachariae. franz. Civilrecht. II. § 300.

⁴⁾ Wächter. Württemberg. Privatrecht II. p. 199.

⁵⁾ Puchta Pandekten § 221.

⁶⁾ Toullier. Le droit civil français T. VI. № 689.

⁷⁾ Fitting. Die Natur der correlativen § 23.

буя одну изъ двухъ вещей, онъ осуществляетъ принадлежащее ему право выбора.

Эти соображенія приводятъ насъ къ посредствующему мнѣнію: если выборъ принадлежитъ должнику, то предметъ раздѣлительнаго обязательства неизвѣстенъ; если же выборъ принадлежитъ кредитору, то всѣ обѣщанныя вещи составляютъ предметъ обязательства. Представителемъ этого посредствующаго взгляда является въ настоящее время Виндшейдъ ¹⁾; этого взгляда, какъ мы увидимъ въслѣдствіи, придерживаются и нѣкоторыя новыя законодательства.

Примириющій эклектицизмъ этого посредствующаго взгляда построенъ однако на шаткихъ основаніяхъ. Положимъ, что право выбора вещи предоставлено кредитору: пока онъ не учинилъ выбора, содержаніе раздѣлительнаго обязательства будетъ столь же неопредѣленно, какъ и въ томъ случаѣ, когда право выбора предоставлено должнику; по учиненіи же выбора, раздѣлительное обязательство превращается въ простое, сосредоточиваясь на избранномъ предметѣ.

Споръ современныхъ юристовъ о существѣ и предметѣ раздѣлительнаго обязательства есть собственно споръ не новый; то же самое разногласіе и тотъ же опытъ эклектическаго соглашенія противоположныхъ мнѣній встрѣчаемъ мы уже у Римскихъ юристовъ. Мы находимъ объ этомъ подробныя свѣдѣнія у Ульпіана, который и самъ является представителемъ примиряющаго взгляда.

l. 75 § 8 de verborum obligationibus 45. 1.

Ulpianus lib: XXII ad edictum:

§. 8. Qui illud aut illud stipulatur, veluti decem, vel hominem себѣ ту или другую вещь, напр. Stichum, utrum certum, an incertum deducat in obligationem, non десять, или раба Стиха, то спрашивается, выговорилъ ли онъ себѣ immerito quaeritur; nam et res что нибудь опредѣленное, или же certae designantur, et utra earum неопредѣленное? Съ одной стороны potius praestanda sit, in incerto вещи, включенныя въ данное обя-

¹⁾ Windscheid Pandekten II. § 255 Anm. 5.

est. Sed utcumque is, qui sibi electionem constituit adsectis his verbis: *utrum ego velim, potest videri certum stipulatus, quum ei liceat vel hominem tantum, vel decem tantum intendere sibi dari oportere; qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur.*

зательство, обозначены определенно, съ другой же стороны неизвестно, которая из них должна быть отдана въ уплату.

Во всякомъ случаѣ, я думаю, кто установилъ право выбора въ свою пользу, добавивъ слова «которую (вещь) я захочу», тотъ выговорилъ себѣ обязательство определенное, такъ какъ отъ него зависить потребовать или исключительно раба или исключительно десяти; тотъ же, кто не выговорилъ себѣ права выбора, получилъ обязательство неопределенное.

Ульпианъ совершенно справедливо определялъ причину научнаго спора. Съ одной стороны, говорить онъ, съ точностью определенъ кругъ вещей, изъ среди которыхъ долженъ быть избранъ предметъ уплаты; съ другой стороны—самый предметъ уплаты неопределенъ. Поэтому, раздѣлительное обязательство, по природѣ своей, колеблется, такъ сказать, между определенностью и неопределенностью.

II.

Съ только что изложеннымъ вопросомъ тѣсно связанъ другой вопросъ. Между учеными, по мнѣнію которыхъ въ раздѣлительномъ обязательствѣ всѣ обещанныя вещи составляютъ предметъ обязательства, идетъ споръ о томъ, должно ли смотрѣть на раздѣлительное обязательство какъ на одно цѣлое обязательство или какъ на соединеніе столькихъ обязательствъ, сколько имѣется обещанныхъ вещей? Пothier ¹⁾ высказывается въ пользу единства обязательства. «Если—говорить онъ—и обещано альтернативно нѣсколько вещей, то обязатель-

¹⁾ Pothier: *Traité des obligations* № 246.

ство представляется единымъ, не смотря на то, что онъ всѣ составляютъ предметъ обязательства».

Захаріею напротивъ ¹⁾ смотритъ на раздѣлительное обязательство какъ на составное, коллетивное. «Раздѣлительное обязательство, говорить онъ, обнимаетъ собою два, или нѣсколько различныхъ по предмету и другъ отъ друга независимыхъ обязательствъ, связанныхъ между собою только въ томъ отношеніи, что исполненіе одного изъ нихъ погашаетъ раздѣлительное обязательство въ цѣломъ его составѣ».

И этотъ споръ занималъ, кажется, уже Римскихъ юристовъ.

I. 34. § 14. de legatis I. 30.

Ulpianus I XXI ad Sabinum.

Si ita Titio legetur: fundum Scianum, vel usumfructum ejus sibi habeto, duo esse legata, ea arbitrio ejus esse, an velit usumfructum vindicare. Если Титію назначается слѣдующаго рода отказъ: отказываю ему имѣніе Селяновское или usufructъ этого имѣнія, то здѣсь собственно два отказа и легатарій можетъ, по усмотрѣнію, отыскивать или самое имѣніе или usufructъ имѣнія.

I. 8 § 1. de legatis II. (31).

Paulus I. IX ad Plantium.

Si ita legetur, Sempronio decem aut si noluerit hominem Stichum lego, hoc casu duo legata sunt, sed uno contentus esse debet. Если отказъ такъ формулированъ: я отказываю Семпронію десять, или если онъ ихъ не пожелаетъ, раба Стиха; то тутъ имѣются два отказа, но легатарій долженъ довольствоваться однимъ.

I, 27 de legatis II 31.

Celsus I. XXXIV Digestor.

Si illud aut illud legatum sit unum legatum est. Когда отказанъ тотъ или другой предметъ, то имѣется одинъ только отказъ.

¹⁾ Zachariae: *Französisches Civilrecht* § 300.

Писатели, считающіе раздѣлительное обязательство обязательствомъ неопредѣленнымъ, не могутъ конечно и дробить его по числу предметовъ и, вслѣдствіе этого, видятъ въ немъ обязательство единое и цѣлостное ¹⁾.

III.

Мы не можемъ еще съ достаточною подробностью разъяснить значеніе вышесказанныхъ споровъ для предмета нашего труда. Значеніе это обнаружится въ теченіе всего нашего изслѣдованія изъ всецѣлаго представленія предмета.

Только въ казуистикѣ раскрывается ярко, во всей своей полнотѣ, противоположность основныхъ началъ; только на казуистику можно испытать вѣрность или невѣрность этихъ началъ. Достоинство извѣстнаго начала всего лучше узнается по послѣдствіямъ, къ которымъ оно приводитъ.

Придерживаясь этого взгляда, мы въ нашемъ изслѣдованіи, каждый разъ, когда это покажется нужнымъ и цѣлесообразнымъ, будемъ излагать и сравнивать выводы различныхъ воззрѣній. Такимъ образомъ, изложеніе ученія о раздѣлительныхъ обязательствахъ будетъ идти рука объ руку съ анализомъ этого института.

IV.

Намъ остается упомянуть еще объ одномъ, по нашему мнѣнію, ложномъ взглядѣ на раздѣлительныя обязательства, опроверженію котораго мы посвятимъ въ послѣдствіи отдѣльный параграфъ. По мнѣнію Діонисія Готофреда ²⁾, «если кто либо обѣщаетъ доставить Стиха или Намфила, то это значитъ, что онъ обѣщаетъ каждого отдѣльно,

¹⁾ Fitting l. c. Toullier l. c.

²⁾ Ad. l. 16 de verb. Sign.

подъ условіемъ, что, въ случаѣ доставленія одного, онъ освобождается отъ доставленія другаго.

Условію этому, которое Готофредъ предполагаетъ суспенсивнымъ, Гиртаннеръ ¹⁾, въ новѣйшее время, придаль значеніе резолютивного. Воззрѣніе Гиртаннера прямо противоположно воззрѣнію Готофреда. Оба мнѣнія имѣютъ однако общаго между собою то, что при разборѣ раздѣлительнаго обязательства они находятъ въ немъ элементъ условія,—элементъ, котораго, какъ мы въ послѣдствіи увидимъ, въ раздѣлительныхъ обязательствахъ вовсе нѣтъ.

¹⁾ Girtanner: Die Bürgschaft II. pp. 402, 568.

Г Л А В А II.

УСТАНОВЛЕНІЕ РАЗДѢЛИТЕЛЬНЫХЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЪ.

§ 1.

Объ установленіи раздѣлительныхъ обязательствъ вообще.

Способы установленія обязательствъ вообще служатъ началомъ и раздѣлительныхъ обязательствъ.

Въ юридической сдѣлкѣ, содержаніе возникающаго юридическаго отношенія зависитъ отъ воли участвующихъ въ дѣлѣ лицъ; они конечно могутъ, если пожелаютъ, дать обязательству содержаніе альтернативное.—Когда законъ, помимо участвующихъ лицъ, опредѣляетъ обязательныя послѣдствія известнаго факта, то тогда отъ воли и соображеній законодателя зависитъ, будетъ ли содержаніе установленнаго обязательства альтернативное или нѣтъ.

Но если отдѣльнымъ лицамъ и предоставлена автономія въ устройствѣ ихъ юридическихъ отношеній, то все же найдутся съ одной стороны сдѣлки, которыя, по природѣ своей, не могутъ имѣть альтернативнаго содержанія, напр. обязательство возвратить опредѣленную вещь, или вексель; съ другой стороны, найдутся можетъ быть и сдѣлки, содержаніе которыхъ по необходимости альтернативно. Здѣсь рождается вопросъ: ограничивается ли существованіемъ подобныхъ сдѣлокъ гражданская свобода, автономія частныхъ лицъ? Конечно нѣтъ! Выбирая тотъ или другой родъ сдѣлокъ, стороны тѣмъ

заявляютъ: желаютъ ли онѣ дать обязательству альтернативное содержаніе или нѣтъ. Объ ограниченіи гражданской свободы могла бы идти рѣчь только тогда, когда бы стороны должны были пользоваться исключительно немногими признанными закономъ типами сдѣлокъ. Но законъ обыкновенно не навязываетъ частнымъ лицамъ известнаго рода типическихъ сдѣлокъ. Сдѣлки эти, не стѣсня свободы частныхъ лицъ, получили типическое значеніе только потому, что, повторяясь постоянно и однообразно въ юридической жизни, приобрѣли свое особенное, опредѣленное названіе и свою особенную, опредѣленную теорію. Вообще, какъ въ Римскомъ правѣ, такъ равно и въ правѣ современныхъ цивилизованныхъ народовъ, свобода распоряженія, въ области обязательственнаго права, предоставлена частнымъ лицамъ, въ самыхъ обширныхъ размѣрахъ.

Вопросъ о томъ, устанавливаетъ ли то или другое законодательство обязательство съ альтернативнымъ содержаніемъ, какъ послѣдствіе известныхъ фактовъ, или нѣтъ; известны ли тому или другому законодательству или неизвѣстны сдѣлки по природѣ своей альтернативныя или неальтернативныя—это вопросъ, который долженъ быть разслѣдованъ при разсмотрѣніи отдѣльныхъ системъ права.

Подобному разсмотрѣнію въ этомъ отношеніи мы подвергнемъ здѣсь только Римское право.

Обязательства протекаютъ главнымъ образомъ изъ двухъ источниковъ: сдѣлокъ и правонарушеній. Источниковъ этихъ становится все болѣе и болѣе съ развитіемъ экономической жизни народовъ, съ умноженіемъ отношеній между частными лицами, съ увеличивающимся разнообразіемъ сношеній и столкновеній. Кромѣ упомянутыхъ, есть еще нѣсколько другихъ поводовъ возникновенія обязательствъ, которые всего практичнѣе причислить къ сдѣлкамъ или правонарушеніямъ по сходству ихъ съ тѣми или другими.

Это *раздѣленіе* источниковъ обязательствъ слѣдуетъ, такъ сказать, параллельно, известнымъ изреченіямъ римскихъ юристовъ, по ученію которыхъ обязательства возникаютъ *ex contractu, ex delicto,*

quasi ex contractu, quasi ex delicto ¹⁾ Два послѣднія основанія названы въ одномъ мѣстѣ источниковъ: *variae causarum figurae* ²⁾. Рамки этого дѣленія должны были оказаться крайне тѣсными съ развитіемъ Римскаго права. Приведенныя нами выше изреченія римскихъ источниковъ подъ словомъ *contractus* разумѣютъ не договоры вообще, даже не всѣ признанныя мало по малу законами договоры, но только тѣ договоры, которые были извѣстны въ древнемъ Римскомъ правѣ (*ius civile* въ тѣсномъ смыслѣ) и уже по древнему Римскому праву были облечены правомъ иска. Само собою разумѣется, что одностороннія сдѣлки (*einseitige Rechtsgeschäfte*) не подходили подъ понятіе *contractus*. Такимъ же образомъ подъ «*delicta*» разумѣлись только тѣ правонарушенія, которыя уже по древнему Римскому праву могли быть обжалованы.

Слѣдуя дѣленію римскихъ источниковъ, мы изложимъ поводы возникновенія раздѣлительныхъ обязательствъ въ слѣдующемъ порядкѣ:

- 1) Юридическія сдѣлки.
- 2) Quasi юридическія сдѣлки.
- 3) Правонарушенія.
- 4) Quasi правонарушенія.

Подъ рубрикой юридическихъ сдѣлокъ мы рассмотримъ какъ договоры, такъ и одностороннія сдѣлки.

§ 2.

Юридическія сдѣлки вообще.

По Римскому праву, для установленія дѣйствительнаго обязательства, вообще недостаточно было простаго соглашенія участвующихъ лицъ; только облеченный въ строго установленную форму договоръ

¹⁾ Pr. J. de obl. quae quasi ex contractu 3. 27 pr J. de obl. quae quasi ex delicto 4. 5 l. 5 § 6 1, 4, 5, 6 de obl. et. act. 44 7 § 2 J. de obl. 3. 12.

²⁾ l. 1. pr. de obl. et. act. 44. 7.

производилъ обязательство, имѣвшее полную юридическую силу. Такою формою въ Римскомъ правѣ, съ древнѣйшихъ временъ, была стипуляція. Рядомъ съ стипуляціонными договорами были признаны законными нѣкоторые неформальные договоры, число которыхъ со временемъ увеличилось, и, кромѣ того, формальные договоры, формы которыхъ, однако, въ силу исключительнаго содержанія тѣхъ договоровъ, не получили общаго значенія стипуляціонной формы.—Впослѣдствіи, почти такое же значеніе какъ стипуляція получила форма такъ называемыхъ безыменныхъ договоровъ (*contractus innominati*): облеченный въ эту форму договоръ имѣлъ законную юридическую силу, какаго бы содержанія онъ ни былъ. Поэтому главнымъ образомъ мы рассмотримъ стипуляціи и безыменные контракты, не оставляя въ сторонѣ и другіе договоры, отличающіеся опредѣленнымъ и индивидуальнымъ содержаніемъ, такъ называемые матеріальные договоры.

Рядомъ съ договорами, является источникомъ обязательствъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, простое, ни кѣмъ не принятое, одностороннее изъясненіе воли должника; и эти случаи мы должны будемъ рассмотреть съ точностью.

§ 3.

Stipulatio.

Стипуляція была самой употребительной формою договоровъ въ Римскомъ правѣ. Она состояла въ изустномъ вопросѣ кредитора и въ такомъ же отвѣтѣ должника. Кредиторъ спрашиваетъ должника, обѣщаетъ ли онъ ему то или другое,—вопросомъ выражается содержаніе договора,—должникъ отвѣчаетъ утвердительно.—Когда за вопросомъ послѣдовалъ согласный съ нимъ отвѣтъ, то договоръ признается заключеннымъ.

Форма стипуляцій отличается ясностью; при ней ни для сторонъ, ни для судей не можетъ быть сомнѣнія въ заключеніи договора. Мо-

ментъ заключенія договора рѣзко и опредѣленно отдѣленъ отъ предварительныхъ переговоровъ.

Стипуляція отличается также своею простотою; обязательство возникающее изъ стипуляціи *одностороннее*: кредиторъ является только кредиторомъ, должникъ же только должникомъ. Въ стипуляціи устранены запутанности и усложненія, рождающіяся изъ стеченія взаимныхъ правъ и обязанностей.

Стипуляція есть договоръ строго формальный; относительно его толкованіе одно буквальное.

Односторонность имѣетъ и свою дурную сторону; она придаетъ стипуляціи извѣстную жесткость и несправедливость. Чтобы помѣститься въ формѣ стипуляціи, юридическое отношеніе лишалось часто существенныхъ частей, изувѣчивалось. Представимъ себѣ, напримѣръ, двусторонній договоръ, не принадлежащій къ числу признанныхъ въ древнемъ *jus civile* договоровъ. А обязывается доставить В право собственности на извѣстную лошадь; съ своей стороны, В обязывается за это дать А опредѣленную квартиру. Въ этомъ договорѣ обязательство А и обязательство В взаимны, зависятъ одно отъ другаго, образуютъ одну соединенную *сингаллярную* сдѣлку. Сдѣлку эту нельзя назвать договоромъ купли продажи; она не подходитъ также подъ понятіе договора найма или товарищества; она не принадлежитъ поэтому къ законнымъ, признаннымъ въ *jus civile*, сдѣлкамъ. Чтобы имѣть юридическую силу, сдѣлка эта должна быть облечена въ стипуляціонную форму. Но тогда необходимо разъединить части сдѣлки. Сдѣлка распадется на двѣ независимыя другъ отъ друга стипуляціи: обещаешь ли мнѣ доставить въ мою собственность лошадь?—Да, обещаю; обещаешь ли мнѣ квартиру въ мое пользованіе?—Да, обещаю.

Впрочемъ, съ теченіемъ времени можно было охранить единство сдѣлки, включая въ стипуляцію условіе взаимнаго исполненія. Впослѣдствіи Римляне стали допускать встречный искъ ¹⁾, и наконецъ, съ допущеніемъ такъ называемой *exceptio doli* въ процессѣ о стипуляціи и такъ называе-

¹⁾ Dernburg: Geschichte u. Theorie der Compensation 2-te Auflage 1868. § 28.

мой *clausula doli* въ самомъ стипуляціонномъ договорѣ, взаимныя требованія сторонъ получили самую широкую возможность осуществленія,—но вмѣстѣ съ тѣмъ *stipulatio* потеряла свой первоначальный характеръ—простоту и строгость—и вступила, въ нѣкоторомъ смыслѣ, въ число договоровъ на вѣру (*contractus bonae fidei*), при обсужденіи которыхъ обращалось больше вниманія на обстояательства и на отношенія, изъ которыхъ произошло обязательство, нежели на выраженія, въ которыхъ обязательство состоялось.

Стипуляція заключалась изустными вопросамъ и отвѣтомъ; поэтому трудно было доказать фактъ заключенія договора. Вслѣдствіе этого вошло въ обычай составлять письменный документъ, который свидѣтельствовалъ бы о совершеніи стипуляціи.

Въ позднѣйшемъ Римскомъ правѣ писанный документъ почитался самъ стипуляціею — *stipulatio scripta*.

Въ пятомъ столѣтіи императоръ Левъ постановилъ, что стипуляціи сохраняютъ юридическую силу и безъ *verba sollemnia et directa*.

Съ этого времени вопросъ и отвѣтъ являются лишними, и всякое выраженіе воли одной стороны, если оно было принято противною стороною, сопровождалось правомъ иска.

Въ стипуляціонной формѣ находимъ мы въ римскихъ источникахъ большое количество раздѣлительныхъ обязательствъ. Обыкновенно предметы обязательства, альтернативно-обѣщанные, связывались частіцею *aut* или *vel* ¹⁾.

§ 4.

Безыменные договоры.

Новою, довольно распространенною, формою, дѣлавшею контрактъ исковымъ, была форма безыменныхъ договоровъ, *contractus innominati*. Всякій договоръ дѣлается исковымъ, когда одинъ изъ контрагентовъ съ

¹⁾ I. 2, I. 75. § 8, I. 106, I. 138 etc. de verborum obl. 45, 1.

своей стороны исполнить то дѣйствіе, къ которому онъ обязался. Такое общее правило выработалось постепенно, мало по малу: зародышъ его находимъ мы въ реальныхъ контрактахъ, въ которыхъ лицо, передавшее другому лицу вещь, имѣетъ право обставить эту передачу известными условиями, — *legam dicere suae rei*. Безыменные договоры обнимаютъ собою всякаго рода дѣйствія. Дѣйствія эти, какъ известно, сведены къ 4 категоріямъ: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. Хотя въ источникахъ мы и не находимъ указанія объ альтернативныхъ безыменныхъ договорахъ, но не подлежитъ никакому сомнѣнію, что форма безыменныхъ договоровъ, могла воспріять и альтернативное содержаніе.

§ 5.

Litterarum obligatio, реальные и консенсуальныя договоры.

Изъ числа прочихъ договоровъ, нѣкоторые не могутъ имѣть альтернативнаго содержанія. Таковы:

1. *Litterarum obligatio*. Договоръ происходилъ черезъ внесеніе въ домашнія книги причитающагося долга. Римляне имѣли обыкновеніе вести книги, въ которыя записывался приходъ (*accensilatio*) и расходъ (*expensilatio*). Книжки эти пользовались известнымъ довѣріемъ. Договоръ этотъ производилъ одностороннее и строгое обязательство. *Обязываться* альтернативно къ тому или другому дѣйствію, къ доставленію того или другаго предмета—возможно, но получать и выдавать можно только что нибудь точно опредѣленное. Поэтому, понятно, что *litterarum obligatio* не могла быть источникомъ раздѣльнаго обязательства.

2. Реальные договоры. Въ этихъ договорахъ должникъ обязуется возвратить кредитору то, что онъ получилъ отъ него ¹⁾. По природѣ

¹⁾ *Mutuum, pignus, depositum, commodatum.*

своей, на томъ же основаніи, какъ и *litterarum obligatio*, договоры эти не могутъ имѣть альтернативнаго содержанія.

Благопріятіе для раздѣлительныхъ обязательствъ неформальные консенсуальные договоры, которые всѣ могли имѣть альтернативное содержаніе.

а) *Emtio venditio*. Источники содержатъ нѣсколько примѣровъ альтернативной купли—продажи: обыкновенно продавецъ обязуется за известную плату доставить покупателю ту или другую вещь ¹⁾. Альтернативно обязываться можетъ однако не одинъ только продавецъ. Еслибъ плата въ куплѣ—продажѣ могла производиться только деньгами, тогда бы, конечно, альтернатива была только возможна со стороны продавца; но уплата можетъ быть произведена и не одними деньгами, — мы можемъ представить себѣ случай, когда покупатель обѣщаетъ альтернативно заплатить за вещь или частью деньгами, частью же другими вещами, или же одними деньгами.

б) *Locatio conductio*. Сказанное о куплѣ примѣняется и къ договору найма. Напримѣръ, нѣкто обѣщаетъ передать квартиру въ 5 большихъ или въ 6 малыхъ комнатъ; я обязуюсь служить поваромъ или камердинеромъ; я обязуюсь платить кому либо 15 рублей на его харчахъ или 8 на монхъ.

в) Легко представить себѣ также альтернативное порученіе (*mandatum*), напримѣръ: я поручаю кому либо купить домъ *a* или домъ *b*.

д) Не противорѣчитъ также принципамъ Римскаго права договоръ товарищества, въ которомъ товарищи (*socii*) условливаются альтернативно заниматься тѣмъ или другимъ дѣломъ. Кому однако долженъ принадлежать выборъ, такъ какъ въ данномъ случаѣ ни одинъ изъ товарищей не будетъ исключительно вѣрителемъ или должникомъ? Мы полагаемъ, что вопросъ этотъ долженъ быть рѣшенъ жребіемъ, по аналогіи со случаемъ, когда выборъ принадлежитъ нѣсколькимъ вѣрителямъ, которые не могутъ придти къ соглашенію ²⁾.

¹⁾ I. 25, I. 34, de contrah. emt. 18. 1.

²⁾ См. ниже, гл. III.

§ 6.

D i c t i o ¹⁾.

Совершенно особеннымъ способомъ установленія обязательства была *dictio*, не существовавшая уже при Юстинианѣ, хотя и слѣды ея встрѣчаются еще въ Юстиниановомъ правѣ. Кругъ дѣйствія этой сдѣлки былъ очень ограниченъ. Съ объективной стороны сдѣлка эта была чисто дотальная, т. е. она могла установить только обязательство *dotis causa* и притомъ только до заключенія брака. Съ субъективной стороны сдѣлка эта была также ограничена: формою этою могли пользоваться только невѣста освобожденная отъ отцовской власти, отецъ или дѣдъ жены, наконецъ должникъ жены, когда онъ, по ея желанію, обѣщаетъ долгъ свой, въ видѣ приданого, ея мужу или лицу, во власти котораго находится мужъ. Должникъ является здѣсь впрочемъ простымъ орудіемъ жены.

Dictio есть обѣщаніе, даваемое безъ соблюденія всякихъ формальностей ²⁾. Со временемъ впрочемъ установилась извѣстная формулярная сторона этого обѣщанія: *doti filiae meae tibi erunt aurei centum* (l. 125. D. de V. S. 50. 16); *quod filius tuus mihi debet id tibi doti erit* (l. 57 D. de I. D. 23. 3) *decem tibi doti erunt* (l. 25 D. eod. 23, 3); *quod mihi debes aut fundus Semp. onianus doti tibi erit* (l. 44 § 1. l. 46 § 1. D. eod.)

Совершенно вѣрно названа *dictio* обратной стипуляціею. Существенное содержаніе обязательства въ стипуляціи формулируется вѣрителемъ въ формѣ вопроса, въ *dictio* это дѣлаетъ должникъ въ формѣ положительнаго обѣщанія; въ стипуляціи обѣщанію должника

¹⁾ *Aug. Bechmann*. Das römische Dotalrecht § 72 ff. *Carl Czychlarz*: das römische Dotalrecht § 33 ff.

²⁾ l. 1. § 1. D. de aed. ed. 21. 1.

предшествуетъ принятіе ея, въ *dictio* принятіе слѣдуетъ за обѣщаніемъ.

Не имѣетъ вовсе основанія мнѣніе, что *dictio* односторонняя сдѣлка, не требующая никакого принятія; какъ будто можно навязать кому насильно приданое. Также неосновательно и мнѣніе что *dictio*—сдѣлка, сопровождавшаяся торжественными словами ¹⁾.

Особенности *dictio* лучше всего объясняются предположеніемъ, что она была первоначально побочною сдѣлкою, заключаемою при договорѣ обрученія. Послѣдній былъ, по всей вѣроятности, вначалѣ исковымъ и лишь впоследствии пересталъ быть таковымъ. Тогда *dictio* сдѣлалась самостоятельною сдѣлкою. Этимъ объясняются ограниченія *dictio* временемъ до брака, признаніе способными къ заключенію этой сдѣлки только лицъ, принимавшихъ участіе въ обрученіи; этимъ объясняется также и типическое употребленіе будущаго времени (*futurum*) въ формѣ сдѣлки. Право пользоваться *dictio* предоставлено было *должнику* только впоследствии. Позднѣйшему времени, не сознававшему болѣе исторической связи института, принадлежитъ также право замужней женщины посредствомъ *dictio* назначать себѣ приданое.

Все что можетъ быть предметомъ обязательства—можетъ быть и предметомъ *dictio* ²⁾. Охраняется *dictio* какъ и всѣ одностороннія сдѣлки съ помощью *condictio* ³⁾.

Такъ какъ посредствомъ *dictio* могло быть установлено обязательство *dotis causa* вообще, безъ ограниченія относительно содержанія, то конечно тѣмъ же самымъ способомъ могла быть установлена *dotis causa* и *obligatio alternativa*. Доказательство тому находимъ мы въ слѣдующемъ мѣстѣ источниковъ:

l. 46. § 1. De jure dotium 23. 3. Если женщина, желающая выйти
Si debitori sud nuptura mulier за мужъ за своего должника, обѣ-

¹⁾ *Savigny* также считаетъ *dictio* договоромъ, по крайней мѣрѣ упоминаетъ объ ней между *conventiones*. (*Obligat. Recht*. Bd. II. p. 9).

²⁾ *Bechmann*, l. c. § 76.

³⁾ l. 1. C. de jure dotium.

ita dotem promisisset: quod mihi debes aut fundus Sempronianus doti tibi erit, utrum mulier vellet id in dote erit.

Можно бы однако подумать, что здѣсь идетъ рѣчь о *promissio*, а не о *dictio*; но очевидно, что первоначальное слово *dixisset* было компиляторами Юстиніана зачеркнуто и замѣнено словомъ *promisisset*. Доказательствомъ тому служитъ отсутствіе въ данномъ случаѣ вопроса и употребленіе формулы *doli tibi erit* ¹⁾.

§ 7.

Pollicitatio ²⁾.

Какъ намъ уже извѣстно, *dictio* постепенно освободилась изъ подъ своей зависимости отъ договора обрученія и сдѣлалась самостоятельной сдѣлкой. Долгое время однако замѣтны были на ней слѣды ея происхожденія: ограниченіе во времени и лицахъ. Какой смыслъ могли имѣть эти ограниченія въ то время, когда исчезла всякая связь *dictio* съ обрученіемъ, когда *dictio* представлялась вполне самостоятельной сдѣлкой?

Мы уже видѣли, что право пользоваться *dictio* было предоставлено каждой замужней женщинѣ. Силою логической и исторической послѣдовательности, по необходимости должны были устраниться ограниченія, потерявшія всякій смыслъ. Право пользоваться *dictio* должно было быть распространено: простымъ обѣщаніемъ каждый долженъ былъ быть въправѣ устанавливать приданое и при томъ во всякое время.

¹⁾ Thielemann p. 6; Arndt., Pandekten § 397.

²⁾ *Beckmann*. Das römische Dotalrecht V.l. II. p. 104. ff. § 75. *Czyhlarz*. Das römische Dotalrecht p. 123; § 35.

И дѣйствительно, выводы эти осуществились постановленіями императоровъ Θεодосія II и Валентиніана III отъ 1 марта 428 года.

«Ad exactionem dotis quam semel praestari placuit qualiacunque sufficere verba censemus etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta ¹⁾».

Отнынѣ каждое простое обѣщаніе приданого дѣйствительно. Такое простое обѣщаніе носитъ названіе *pollicitatio*. *Dictio*, хотя и не уничтоженная, сдѣлалась излишней; каждая *dictio* уже сама по себѣ есть видъ *pollicitatio*. Поэтому Юстиніанъ исключилъ изъ узаконеній касающіяся *dictio* выраженія.

Конецъ вышеприведеннаго закона гласитъ у Юстиніана слѣдующимъ образомъ: *etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta* ²⁾.

Слово *pollicitatio* имѣетъ два значенія: въ тѣсномъ смыслѣ оно означаетъ одностороннее непринятое обѣщаніе ³⁾, въ пространномъ смыслѣ оно означаетъ какъ принятое, такъ и непринятое обѣщаніе ⁴⁾ Грамматически, конечно, слово *pollicitatio* означаетъ только одну сторону договора—заявленіе обязывающейся стороны; но и въ русскомъ, французскомъ и нѣмецкомъ языкахъ слово «обѣщаніе», соответствующее слову *pollicitatio*, обозначаетъ, не смотря на то, договорное обѣщаніе.

По мнѣнію нѣкоторыхъ писателей, въ приведенномъ нами законѣ Θεодосія оно употреблено въ тѣсномъ смыслѣ. Поэтому они и утверждаютъ, что *pollicitatio* одностороннее не принятое обѣща-

¹⁾ l. 4. C. Th. de dote (3. 13).

²⁾ l. C. Just. de dot. prom. 5. 11.

³⁾ *Pollicitatio est offerentis solius promissum* Ulp. fr. 3 pr. D. de pollicit. (50. 12).

⁴⁾ *Quaedam etiam pollicitationes venditorem non obligant*. Florentus fr. 43 § 1. D. de contrah. empt. 18. 1.

nie ¹⁾. Мнѣніе это положительно ложно. Слово pollicitatio въ узаконеніи Θεодосія означаетъ обѣщаніе неоформенное, но принятое. Доказательствомъ тому прежде всего историческая связь: pollicitatio это только, какъ мы видѣли, распространенная, расширенная dictio; dictio же была по своему существу—сдѣлкою договорною. Важнѣйшимъ еще доказательствомъ служитъ самъ текстъ узаконенія: въ немъ объявлены излишними слова, употребляемые при стипуляціяхъ, но не принятіе обѣщанія.

Признаніе каждаго неоформальнаго односторонняго обѣщанія приданого дѣйствительнымъ, было бы такимъ важнымъ нововведеніемъ, такимъ существеннымъ измѣненіемъ правила «ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur», что оно должно было быть положительнымъ образомъ высказано закономъ. Нѣтъ никакого основанія предполагать также, что компиляторы Юстиніана, включая упомянутый законъ Θεодосія въ кодексъ Юстиніана, измѣнили первоначальный смыслъ слова pollicitatio. И въ Юстиніановомъ правѣ различіе «pollicitatio» и promissio основано на формальности и не на чемъ иномъ (Rubrica de dotis promissione et nuda pollicitatione).

И такъ въ правѣ Юстиніана различается двойное обѣщаніе приданого: формальное — promissio dotis и неоформальное nuda pollicitatio dotis. Различія по формѣ, обѣщанія эти вовсе не различны по содержанию. Не подлежитъ поэтому никакому сомнѣнію, что pollicitatio, dotis можетъ получить альтернативное содержаніе и такимъ образомъ установить альтернативное обязательство. Исчезнетъ и тѣнь сомнѣнія, если припомнимъ, что уже dictio могла порождать альтернативныя обязательства.

¹⁾ Puchta: Pandecten § 415.

§ 8.

Jurata promissio operarum liberti, дарственное обѣщаніе, обѣщаніе пени, constitutum, dos aestimata.

1. При освобожденіи раба, господинъ его могъ выговорить себѣ извѣстныя услуги. Обѣщанія раба порождали однако только тогда вполне дѣйствительное, облеченное искомъ, обязательство, когда они были подтверждены присягою. Это такъ называемая jurata promissio вольноотпущенныхъ (liberti), которая могла быть дана и альтернативно, какъ объ этомъ положительно свидѣлствуютъ источники ¹⁾.

б. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что дарственное обѣщаніе (которое по Юстиніановскому праву было даваемо безъ всякихъ формальностей), обѣщаніе пени и constitutum могли имѣть альтернативное содержаніе.

с. Въ новѣйшее время было высказано мнѣніе, что въ Римскомъ правѣ существуетъ договоръ, по содержанию своему всегда альтернативный, именно такъ называемая dos aestimata. Мнѣніе это неправильно. При передачѣ мужу приданого, обыкновенно приданому производилась оцѣнка. Оцѣнка эта дѣлалась съ различною цѣлю. Или она должна была замѣнить будущую оцѣнку понесеннаго вреда въ случаѣ растраты или поврежденія мужемъ дotalныхъ предметовъ (aestimatio taxaitonis causa) — здѣсь подлежащая возвращенію вещи будутъ сами единственными предметами приданого; или оцѣночная сумма была разсматриваема какъ приданое, на которое куплены переданныя мужу въ приданое вещи (aestimatio venditionis causa). Въ этомъ случаѣ на мужѣ лежитъ только обязанность возвратить опредѣленную сумму. Если же намѣреніе сторонъ было обязать мужа альтернативно, — вернуть дotalные предметы или ихъ стоимость, то необходимо было, чтобы это было высказано *положительнымъ образомъ* ²⁾.

¹⁾ l. 6 § 1. de jure patronatus 37. 14.

²⁾ l. 10 § 6 J de jure dot. 23. 3.

§ 9.

Одностороннія сдѣлки.

Обыкновенно односторонне выраженная воля, совершить въ пользу другого какое нибудь дѣйствіе, не даетъ права требовать отъ обѣщавшаго совершения этого дѣйствія. Въ какой бы формѣ ни было выражено обѣщаніе, оно можетъ быть въ каждую минуту взято обратно.— «*Ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur*» (Paulus sent. rec. V. 12 § 9.)

Римское право остановилось на той точкѣ зрѣнія, что между живыми обязательство устанавливается только договоромъ, т. е. соглашеніемъ воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ.—Въ видѣ исключенія односторонній юридическій актъ дѣлается источникомъ обязательства въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ:

1) *Pollicitatio reipublicae vel civitati facta* ¹⁾. Если кто односторонне обѣщаетъ что либо въ пользу государства или общины, то послѣднія получаютъ немедленно къ нему право требованія.

Впрочемъ, это право требованія безусловно только тогда, когда обѣщаніе послѣдовало вслѣдствіе основательнаго побужденія, напримѣръ, въ благодарность за оказанную честь, по случаю постигнаго городъ несчастія. Если такога побужденія не было, то обѣщавшій обязанъ выполнить обѣщанное только тогда, когда онъ уже началъ исполнять обѣщаніе.—Это и есть *pollicitatio* въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. обѣщаніе одностороннее, не принятое, — *offerentis solius promissum* (1. 3. pr. D. h. t.).—Безспорно, думаемъ, въ случаѣ альтернативной *pollicitatio* возникаетъ для государства или общины альтернативное право требованія.

2. *Votum* ²⁾. Если кто либо даетъ обѣтъ, т. е. обѣщаетъ что нѣ-

¹⁾ Ср. Tit. D. de pollic. 50 112.

²⁾ Ср. tit. D. de pollic. 50. 12. Puchta Pandecten § 259.

будь въ пользу церкви или на богоугодныя дѣла, то обѣщаніе это, хотя и не принятое, порождаетъ право требованія въ пользу церкви или подлежащаго заведенія. Этотъ институтъ, извѣстный уже языческому міру, получилъ при Юстиніанѣ христіанскій смыслъ. Полнымъ своимъ развитіемъ онъ обязанъ каноническому праву ¹⁾. Понятно, что и здѣсь альтернативное обѣщаніе также обязательно какъ и простое.

§ 10.

Quasi-договоры.

Подъ этой рубрикой мы можемъ рассмотреть только одинъ легатъ. Принимая наслѣдство, наслѣдникъ заключаетъ, такъ сказать, договоръ съ наслѣдодателемъ—выдать легатарію отказанное ему.

Въ Римскомъ правѣ легатъ составляетъ обильный источникъ раздѣлительныхъ обязательствъ. Въ древнемъ Римскомъ правѣ различалось нѣсколько родовъ легатовъ, изъ которыхъ не все были способны производить альтернативныя обязательства.

a. *Legatum per vindicationem* назывался отказъ, которымъ наслѣдодатель передавалъ легатарію право собственности на извѣстную вещь или же опредѣленное вещное право. Обыкновенное завѣщательное выраженіе здѣсь: *do lego*. Послѣдствіемъ такого отказа было то, что легатарій непосредственно прибрѣталъ предоставленное ему право, могъ непосредственно осуществить его. При этомъ видѣ легата не существовало никакого обязательственнаго отношенія между наслѣдникомъ и легатаріемъ.

b. *Legatum per damnationem* устанавливалъ строгое обязательство наслѣдника къ легатарію. Самая обыкновенная форма этого легата, хотя и неисключительная, была слѣдующая: *heres meus damnas esto, напр. Stichum servum Titio dare*.

¹⁾ Richter. Kirchenrecht § 276.

c. Legatum sinendi modo: heres meus *damnas* esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibi que habere. Легатъ sinendi modo устанавливаетъ личную обязанность наследника къ легатарію, именно наследникъ обязанъ дозволить легатарію взять отказанную вещь.

d. Legatum per praesceptionem. Название этого легата происходитъ отъ употребляемой въ немъ формулы—*praecipito*; напримѣръ: Lucius Titius hominem Stichum praecipito. Прокулеянцы видѣли въ этомъ легатѣ обыкновенный легатъ per vindicationem. Сабинянцы смотрѣли на него какъ на легатъ per vindicationem, который могъ быть только назначенъ одному изъ сонаследниковъ: особенное значеніе придавали они слову *praecipere*, *praecipuum sumere*.

Эти различнаго рода легаты не были праздною выдумкой юристовъ, они были результатомъ проникательнаго толкованія воли завѣщателя, выраженной въ духовномъ завѣщаніи.

Источниками раздѣлительнаго обязательства могли быть конечно только тѣ легаты, изъ которыхъ возникли обязательства вообще, какъ то *legatum per damnationem* и *legatum sinendi modo*. Мы не находимъ въ источникахъ примѣра альтернативнаго легата *sinendi modo*. За то *Corpus juris* представляетъ много примѣровъ альтернативнаго легата per *damnationem*. Обыкновенная его форма слѣдующая: *heres damnas esto illud aut illud Titio dare.* ¹⁾

Развивающіяся въ позднѣйшія времена формою отказовъ были такъ называемыя фидеикоммиссы. Назначеніе фидеикоммисса происходило безъ всякихъ формальностей. Фидеикоммиссъ порождалъ право требованія къ обремененному фидеикоммиссомъ лицу ²⁾. Поэтому не подделитъ сомнѣнію, что и альтернативное обязательство могло быть установлено посредствомъ фидеикоммисса; предположеніе это дѣйствительно подтверждается источниками ³⁾.

¹⁾ l. 84. § 6. de legatis I. (30). l. 11 § 1, § 15, l. 19 de legatis II. (31).

²⁾ *Paulus*. Rec. Sent. 1, 16: *jus omne fideicommissi non in vindicatione sed in petitione consistit.*

³⁾ l. 109 § 1 de legatis I. (30).

Значительное прежде различіе между легатами и фидеикоммиссами мало по малу изгладилось, такъ что Юстиніанъ утвердилъ только совершившійся фактъ, сливъ оба эти института въ одинъ.

По Юстиніановскому праву, при всякой возможности предоставляется легатарію право собственности на отказанныя вещи; обязательство бываетъ очень рѣдко, тогда, напримѣръ, когда отказанная вещь не принадлежала наследодателю.

§ 11.

Правонарушенія и Quasi-правонарушенія.

Рубрика о quasi-правонарушеніяхъ останется пустою.

Подъ рубрикою *obligationes ex delicto* мы разсмотримъ одинъ только случай.

l. 4. C. de serv. fugit. 6. 11.

<p>Quicumque fugitivum servum in domum vel in agrum, inscio domino ejus, susceperit, eum cum pari alio, vel viginti solidis reddat. Sin vero secundo vel tertio eum susceperit, praeter ipsum duos vel tres alios, vel praedictam aestimationem pro unoquoque, domino repraesentet; in minorum persona tutoribus vel curatoribus poena simili imminente</p>	<p>Кто бѣжавшаго раба, безъ вѣдѣнія его господина, приметъ въ свой домъ или на свою землю, долженъ или возратить поименованнаго раба вмѣстѣ съ другимъ равнаго достоинства, или же вмѣстѣ съ 20 золотыми. Но если кто либо приметъ раба во второй или въ 3-й разъ, то долженъ господину раба, кромѣ самаго раба, дать еще двухъ или трехъ рабовъ, или же уплатить за каждаго упомянутую выше сумму.</p>
---	---

Примѣчаніе. Есть рядъ случаевъ, которые иными юристами считаются случаями раздѣлительныхъ обязательствъ, которые однако по нашему мнѣнію должны быть причислены къ случаямъ *facultas*

alternativa или concursus actionum. Случаи эти мы надѣмся изложить въ будущемъ при изслѣдованіи родственныхъ или сходныхъ съ раздѣлительными обязательствами институтовъ. Ср. Savigny Obl. R. I. § 38.

§ 12.

Источники раздѣлительныхъ обязательствъ по русскому праву.

Какъ въ Римскомъ правѣ, такъ и въ новѣйшихъ иностранныхъ законодательствахъ, главными источниками раздѣлительныхъ обязательствъ нужно считать договоры и завѣщательныя распоряженія. Въ этомъ отношеніи сравнительное изложеніе не имѣетъ никакого интереса. Мы остановимся нѣсколько долѣе только на нашемъ отечественномъ законодательствѣ.

Сводъ Законовъ Гражданскихъ не упоминаетъ вовсе о раздѣлительныхъ обязательствахъ. Слѣдуетъ ли изъ этого, что этотъ институтъ вовсе чуждъ русскому праву? Въ X. Т. очень немногія изъ юридическихъ сдѣлокъ разсматриваются съ достаточною полнотою; объ иныхъ сдѣлкахъ и не упоминается даже; должна ли поэтому вся юридическая жизнь вращаться въ тѣсныхъ рамкахъ этихъ нѣсколькихъ формъ? Едва ли.

Ст. 1528 1. ч. X Т. опредѣляетъ: договоръ составляется по взаимному согласію договаривающихся лицъ. Предметомъ его могутъ быть или имущества, или дѣйствія лицъ. Цѣль его должна быть не противна законамъ, благочинію и общественному порядку.

По статьѣ 1530-й договаривающимся сторонамъ оставляется на волю включать въ договоръ, по обоюдному согласію и по ихъ усмотрѣнію, всякія условія, законамъ не противныя.

По статьѣ 1536-й договоры должны быть исполняемы по точному оныхъ разуму.

Приведенными положеніями предоставляется сторонамъ полнѣйшая свобода при заключеніи договоровъ.

Поэтому, кромѣ опредѣленныхъ закономъ формъ юридическихъ сдѣлокъ, могутъ возникать и новыя, не стѣсненныя, но огражденныя закономъ, формы, вызванныя жизненною потребностью.

Рядомъ съ свободой заключенія договоровъ, русскій законъ предоставляетъ и довольно большую свободу распоряженія при духовныхъ завѣщаніяхъ, если завѣщатель распоряжается имуществомъ благопріобрѣтеннымъ.

Ст. 1011 1 ч. X т.:—завѣщать имущество благопріобрѣтенное можно или въ полную собственность или же во временное владѣніе и пользованіе.

Примѣчаніе... владѣлецъ благопріобрѣтеннаго имѣнія располагаетъ имъ свободно и неограниченно, можетъ дарить и завѣщать его по собственному произволу, и имѣетъ даже право силою завѣщанія обязать избраннаго имъ наследника, на время жизни его, къ исполненію нѣкоторыхъ по имуществу распоряженій, каковы, напримѣръ, денежныя выдачи и прочія.

Безспорно поэтому то, что и русское право допускаетъ раздѣлительныя обязательства, установленныя какъ посредствомъ договора, такъ и посредствомъ духовнаго завѣщанія.

Мы полагаемъ, что и русское правовѣдѣніе раздѣляетъ наше мнѣніе: такъ, напримѣръ, Мейеръ, въ своихъ лекціяхъ, разсматривалъ довольно подробно ученіе о раздѣлительныхъ обязательствахъ.

Г Л А В А III.

УСЛОВІЯ ДѢЙСТВИТЕЛЬНОСТИ СДѢЛОКЪ, ДАЮЩИХЪ НАЧАЛО АЛТЕРНАТИВНЫМЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМЪ. ЗНАЧЕНІЕ УСЛОВІЯ И СРОКА.

§ 1.

Введеніе.

Когда раздѣлительное обязательство возникло вслѣдствіе юридической сдѣлки, то сдѣлка эта, конечно, чтобы быть дѣйствительной, должна удовлетворять всѣмъ тѣмъ требованіямъ, которыя законъ ставитъ для дѣйствительности сдѣлокъ вообще. Ясно, что лицо, совершающее сдѣлку, должно быть правоспособно, что содержаніе сдѣлки должно быть возможно и дозволено, что воли дѣйствующаго лица должна быть вполнѣ свободна, не подвергалась вліяніямъ насилія, обмана или заблужденія. Понятно также, что дѣйствительность раздѣлительнаго обязательства можетъ быть поставлена въ зависимость отъ извѣстнаго условія и что осуществленіе его можетъ быть ограничено извѣстнымъ срокомъ. Мы не считаемъ нашей задачей повторять здѣсь извѣстное ученіе гражданскаго права о юридическихъ сдѣлкахъ. Мы подвергнемъ разсмотрѣнію только то, что составляетъ особенность раздѣлительныхъ обязательствъ. Мы разсмотримъ прежде всего случай физической или юридической невозможности содержанія сдѣлки; затѣмъ перейдемъ къ тому случаю, когда насиліе, заблужденіе и об-

манъ имѣли мѣсто относительно одного изъ предметовъ раздѣлительнаго обязательства; наконецъ, скажемъ нѣсколько словъ о самоограниченіяхъ воли посредствомъ условія и срока.

§ 2.

Невозможность содержанія сдѣлки.

«Главная цѣль обязательства», говоритъ Савиньи ¹⁾, «состоитъ въ томъ, чтобы свободныя дѣйствія людей, которыя сами по себѣ представляются событіями случайными и непреодѣленными, обратить въ событія необходимыя и достовѣрныя. Если поэтому дѣйствіе, составляющее предметъ извѣстнаго обязательства, невозможно, то это противорѣчитъ существу обязательствъ вообще.»

Вслѣдствіе того, каждое обязательство должно считаться недѣйствительнымъ, если содержаніе его невозможно. Невозможность, о которой здѣсь идетъ рѣчь, можетъ быть естественная и юридическая: естественная бываетъ тогда, когда извѣстное дѣйствіе невозможно уже по законамъ природы, юридическая—когда невозможность основана на извѣстныхъ началахъ права. Съ невозможными дѣйствіями сравнены дѣйствія противузаконныя и безравственныя.

Если оба дѣйствія, включенныя въ раздѣлительное обязательство, невозможны, то обязательство должно считаться недѣйствительнымъ. Случай этотъ простъ и не требуетъ никакаго разъясненія.

Но какъ разрѣшить тотъ случай, когда невозможность касается только одного изъ обѣщанныхъ дѣйствій?

Если раздѣлительное обязательство есть обязательство съ двумя объектами, изъ которыхъ одинъ перестаетъ быть объектомъ обязательства лишь тогда, когда уплаченъ другой, то конечно, если невозможность касается одного только изъ объектовъ,—нѣтъ никакого логическаго основанія предполагать, что и другой объектъ пересталъ быть объектомъ обязательства.

¹⁾ Ср. Savigny Obl. R. I § 37.

Если смотрѣть на раздѣлительное обязательство какъ на обязательство неопредѣленное, объектъ котораго пока еще неопредѣлился, то, съ устраненіемъ одного изъ обѣщанныхъ дѣйствій, устраняется и самая причина неопредѣленности обязательства: совмѣстность двухъ альтернативно обѣщанныхъ дѣйствій. Обязательство становится простымъ и опредѣленнымъ, сосредоточиваясь на томъ дѣйствіи, которое одно возможно.

Невозможность одного изъ предметовъ раздѣлительнаго обязательства имѣетъ поэтому вообще своимъ послѣдствіемъ только то, что обязательство сводится къ другому оставшемуся предмету.

Считать раздѣлительное обязательство во всѣхъ отношеніяхъ недѣйствительнымъ на томъ только основаніи, что одно изъ обѣщанныхъ дѣйствій невозможно, противорѣчило бы цѣли этого обязательства, въ которомъ одинъ предметъ замѣняетъ другой. Полная недѣйствительность раздѣлительнаго обязательства могла бы быть допущена только тогда, когда бы самый актъ выбора между обѣщанными предметами считался *условіемъ* раздѣлительнаго обязательства. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что въ глазахъ римскихъ юристовъ выборъ не былъ условіемъ *obligatio alternativa*.

Взглядъ нашъ подтверждается слѣдующимъ отрывкомъ источниковъ.

I. 128. de Verb. Obl. 45. 1.

Paulus l. X Quaest.

Si duo rei stipulandi ita extitissent, ut alter utiliter, alter inutiliter stipularetur, ei, qui non habet promissorem obligatum, non recte solvitur, quia non alterius nomine ei solvitur, sed suae obligationis, quae nulla est. Eadem ratione qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiamsi desierit ejus esse, non recte solvitur

Если въ стипуляціи двое стипуляторовъ и стипуляція одного изъ нихъ дѣйствительна, другаго же недѣйствительна, то платежъ, учиненный тому, которому должникъ въ дѣйствительности не обязанъ, будетъ тоже недѣйствителенъ, потому что платится стипулятору не какъ представителю другаго стипулятора, а какъ кредитору по ничтожному обязательству. На томъ же

quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

основаніи, если кто стипулировалъ Стиха или Памфила и обязательство дѣйствительно только въ отношеніи одного, потому что другой принадлежалъ уже вѣрителю, то сей послѣдній не можетъ служить предметомъ уплаты и тогда, когда онъ выйдетъ изъ собственности вѣрителя, потому что оба раба включены въ самое обязательство, но никто изъ нихъ не поставленъ предметомъ права уплаты должника.

Невозможность въ настоящемъ случаѣ состоитъ въ томъ, что одинъ изъ обѣщанныхъ въ собственность рабовъ принадлежитъ уже вѣрителю. По мнѣнію Римскаго юриста въ этомъ случаѣ обязательство сохраняетъ свою силу только въ отношеніи того раба, который не составляетъ собственности вѣрителя,—вотъ то правило приведеннаго фрагмента, которое здѣсь имѣетъ для насъ значеніе. Что другой рабъ, и переставъ принадлежать вѣрителю, не можетъ быть предметомъ уплаты, въ настоящей главѣ не представляетъ для насъ никакого интереса.

Съ приведеннымъ нами мѣстомъ сходенъ и слѣдующій отрывокъ:

I. 72. § 4. de solut. et liberat. (46. 3.)

Marcellus l. XX digestorum.

Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, quum esset meus Pamphilus; nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando, neutrum enim videtur in Pamphijo homine constitisse, nec obligatio, nec solutio.

Я стипулировалъ себя Стиха или Памфила, когда послѣдній принадлежалъ мнѣ; если Памфилъ и пересталъ быть моимъ, доставленіемъ его должникъ не освобождается отъ обязательства, такъ какъ, полагаемъ, ни обязательство, ни право уплаты не установились въ лицѣ Памфила.

Положеніе, что альтернативное обязательство сосредоточивается на вещи, не принадлежащей вѣрителю, хотя и не высказано положительно но предполагается юристомъ. Per argumentum a contrario можно сказать: in Sticho homine constitit quum obligatio tum solutio.

Изложенное правило высказывается вполне ясно въ 1192 статьѣ Code Napoléon:

«Обязательство считается безусловнымъ, котъ бы заключено было въ видѣ обязательства раздѣлительнаго, если одна изъ двухъ обѣщанныхъ вещей не могла быть предметомъ обязательства».

Также положительно, хотя и въ болѣе общихъ выраженіяхъ, высказывается проектъ баварскаго гражданскаго кодекса.

Ст. 253.

«Если одно изъ двухъ альтернативно обѣщанныхъ дѣйствій сдѣлается невозможнымъ влѣдствіе случая, то обязательство становится простымъ, въ томъ смыслѣ, что только другое дѣйствіе можетъ быть потребовано вѣрителемъ и совершено должникомъ. Также рѣшается и случай, когда обязательство съ самаго его начала недействительно въ отношеніи одного изъ альтернативно-обѣщанныхъ дѣйствій.»

Тѣмъ же началамъ слѣдуетъ и австрійская юриспруденція ¹⁾.

Совершенно другое начало высказывается въ прусскомъ правѣ, но здѣсь выборъ считается условіемъ раздѣлительнаго обязательства ²⁾. Если поэтому одно изъ альтернативно-обѣщанныхъ дѣйствій невозможно, то сторона, имѣющая право выбора, можетъ отказаться отъ договора.

Такое же постановленіе находимъ мы и въ австрійскомъ правѣ, на тотъ случай, когда при заключеніи договора положительно оговоренъ выборъ ³⁾.

А. В. С. В. Ст. 907. Если при заключеніи договора положительно выговорено право выбора въ пользу того или другаго лица, и выборъ невозможенъ влѣдствіе гибели одной или нѣсколькихъ подлежащихъ выбору вещей, то сторона, которой принадлежитъ выборъ, не связана договоромъ.

¹⁾ Stubenrauch: Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Art. 907.

²⁾ Förster Preus. Privatrecht I § 65. Koch. Recht der Forderungen I § 5.

³⁾ Stubenrauch I. c.

§ 3.

Заблужденіе, обманъ и принужденіе.

Заблужденіе относительно предмета обязательства, какъ извѣстно, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ недействительность обязательства только тогда, когда касается тождества предмета или такихъ его качествъ, присутствіе или отсутствіе которыхъ, по господствующимъ въ обществѣ понятіямъ, измѣняетъ самое существо вещей (substantia rerum), напримѣръ, если кто купитъ аргентанъ вмѣсто серебра.

Предположимъ теперь, что такого рода заблужденіе имѣетъ мѣсто въ альтернативномъ обязательствѣ относительно одного изъ обѣщанныхъ предметовъ.

Я обѣщаль, напримѣръ, А. по его выбору чайникъ или сахарницу, предполагая, что обѣ эти вещи изъ аргентана. Впослѣдствіи оказывается, что сахарница серебряная; между тѣмъ, если выборъ принадлежитъ А, онъ можетъ выбрать именно сахарницу. Такъ какъ въ раздѣлительномъ обязательствѣ одинъ предметъ замѣняетъ другой, то интересъ мой будетъ соблюденъ, если обязательство будетъ признано недействительнымъ относительно сахарницы; тогда обязательство сосредоточится на другомъ предметѣ, — чайникѣ, который съ тѣхъ поръ одинъ и можетъ быть только требуемъ.

Возьмемъ обратный случай. Я выговорилъ себѣ чайникъ или сахарницу, предполагая, что обѣ эти вещи серебряныя. Оказывается, что я былъ въ заблужденіи, такъ какъ чайникъ изъ аргентана. Какъ соблюсти мой интересъ, въ случаѣ если выборъ предоставленъ должнику? Очевидно, что для этого достаточно признанія обязательства недействительнымъ, относительно чайника. Должникъ въ такомъ случаѣ обязанъ доставить мнѣ другую вещь: — сахарницу.

Правило это вытекаетъ уже изъ цѣли альтернативы — замѣнять одинъ предметъ другимъ, но кромѣ того и изъ нѣкоторой аналогіи съ невозможностью исполненія.

Я выговорилъ себѣ недвижимость *a* или недвижимость *b*. Последняя, между тѣмъ, въ качествѣ государственной собственности, изъята изъ обращенія. Въ отношеніи къ ней, поэтому, обязательство недействительно, относительно же недвижимости *a* оно остается въ полной силѣ. Трудно предположить, чтобы я включилъ въ сдѣлку недвижимость *b*, зная, что она изъята изъ обращенія; очевидно, что я былъ въ заблужденіи притомъ въ заблужденіи существенномъ. Чтобы возстановить нарушенный интересъ сторонъ, достаточно, слѣдовательно и въ случаѣ заблужденія, признать обязательство недействительнымъ относительно того предмета, котораго заблужденіе касается.

Положеніе это справедливо, изъ какой бы точки зрѣнія мы ни исходили, какаго бы взгляда ни придерживались на альтернативныя обязательства вообще.

Если раздѣлительное обязательство есть обязательство неопредѣленное, предметъ котораго опредѣлится только впоследствии, то заблужденіе касается предмета, который пока не составляетъ еще объекта обязательства, хотя и можетъ сдѣлаться объектомъ впоследствии. Было бы поэтому несправедливо признавать обязательство въ цѣльности недействительнымъ на томъ основаніи, что одно изъ участвующихъ въ обязательствѣ лицъ находилось въ заблужденіи относительно вещи, не составляющей даже еще объекта этого обязательства. Достаточно, если вещь эта будетъ исключена изъ числа вещей, могущихъ стать объектомъ обязательства.

Если на раздѣлительное обязательство смотрѣть какъ на *obligatio certa*, если предполагать, что обѣ вещи составляютъ объектъ обязательства и что каждая изъ нихъ остается объектомъ обязательства до тѣхъ поръ, пока другая не будетъ доставлена кредитору, то заблужденіе относительно одного изъ предметовъ можетъ имѣть послѣдствіемъ только ограниченіе обязательства другимъ предметомъ. Если, по причинѣ заблужденія, одна вещь не можетъ подлежать обязательству, то она не можетъ служить и предметомъ уплаты; вслѣдствіе того предметомъ обязательства остается другая вещь.

Таимъ же точно образомъ должны мы разрѣшить и тѣ случаи,

когда обманъ или принужденіе имѣютъ мѣсто относительно одного только изъ предметовъ альтернативнаго обязательства, напримѣръ: я, *кромя* чайника, выговорилъ себѣ альтернативно сахарницу, только потому, что должникъ увѣрилъ меня, что *обѣ* вещи серебряныя, или потому, что должникъ къ тому меня принудилъ.

Разница между случаемъ простаго заблужденія и случаями обмана или насилія будетъ только та, что лицу, подвергнутому обману или принужденію, предоставленъ искъ о вознагражденіи за вредъ и убытки.

Разсмотрѣнные нами случаи заблужденія, обмана и принужденія не разрѣшаются ни въ Римскомъ правѣ, ни въ новѣйшихъ законодательствахъ. Случаи эти не подверглись и обсужденію со стороны современныхъ ученыхъ. Только одинъ проектъ баварскаго гражданскаго права имѣлъ ихъ кажется въ виду (Ср. вышеприведенную статью 253. Бав. проекта.)

§ 4.

Условіе и срокъ.

Раздѣлительное обязательство можетъ быть установлено подъ извѣстнымъ условіемъ; точно также осуществленіе его можетъ быть приурочено къ извѣстному сроку; въ этихъ случаяхъ раздѣлительное обязательство въ цѣльности является условнымъ или срочнымъ. Случаи эти не представляютъ ничего особеннаго. Стоитъ только примѣнить здѣсь общія правила объ условіяхъ и срокахъ.

Замѣчательныя особенности представляютъ раздѣлительныя обязательства только тогда, когда одно дѣйствіе обѣщано условно, а другое безусловно, — одно срочно, другое безсрочно, или же когда оба дѣйствія обѣщаны условно или срочно, но подъ условіями или сроками различными для каждаго дѣйствія порознь. Эти-то случаи составляютъ предметъ настоящаго параграфа.

I.

У С Л О В И Е

I. Случаи, которые могут здесь иметь место, примѣрно слѣдующіе:

1. А обѣщала В доставить ему или вещь а или вещь б, послѣднюю однакожь только въ случаѣ осуществленія одного или другаго неизвѣстнаго событія.

Спрашивается: какой смысл имѣеть подобное обѣщаніе?

Не подлежитъ сомнѣнію, что вещь а будетъ предметомъ выбора; но будетъ ли вещь б предметомъ выбора,—пока неизвѣстно. Вещь б представляетъ собою только надежду, шансъ, какъ римляне говорятъ, *sper*.

Намѣреніе сторонъ поэтому могло во-первыхъ состоять въ томъ, чтобы лицо, уполномоченное къ выбору, выбрало или шансъ, въ видѣ условно-обѣщанной вещи б, или же самую вещь а. Предположимъ, что безусловно обѣщанная вещь малоцѣнна, условно обѣщанная, напротивъ, драгоценна. Если должникъ имѣеть право выбора, то онъ можетъ выбрать вещь а — вещь малоцѣнна, но онъ долженъ ее несомнѣнно уплатить,—или же рѣшиться на рискъ и принять на себя обязанность ко внесенію болѣе драгоценной вещи б, вступая однако при этомъ шансъ освободиться отъ обязательства вообще. Точно также и кредиторъ, если онъ имѣеть право выбора, можетъ довольствоваться менѣе цѣнною, но вѣрною, вещью а, или же рѣшиться на выборъ болѣе драгоценной вещи б, рискуя не получить ничего въ случаѣ несбытія условія.

Намѣреніе сторонъ могло однакожь быть и другое. Стороны могутъ быть желали, чтобы выборъ произошелъ не между вещью и извѣстнымъ шансомъ, но между самими вещами.

Между тѣмъ, пока не осуществилось условіе, подъ которымъ обѣщана одна изъ вещей, нельзя положительно сказать, будетъ ли эта

вещь предметомъ выбора. Нужно поэтому обождать какъ разрѣшится условіе.

2. А обѣщала В передать ему вещь в и вещь з;—в подъ однимъ условіемъ, а з подъ другимъ.

И здѣсь намѣреніе сторонъ могло быть различное: или призванное къ выбору лицо должно выбрать одинъ изъ двухъ шансовъ, или одну изъ самыхъ вещей.

II. Какое же намѣреніе сторонъ должно считаться нормальнымъ въ изложенныхъ выше случаяхъ?

Въ римскихъ источникахъ права мы не находимъ вовсе того толкованія, по которому выборъ долженъ произойти между шансомъ и вещью или между двумя шансами. Невѣроятно, чтобы этотъ смыслъ изложенныхъ сдѣлокъ остался совсѣмъ чуждъ анализу римскихъ юристовъ. Нормальнымъ они предполагаютъ очевидно то намѣреніе сторонъ, по которому выборъ долженъ произойти между самими вещами. Предположеніе это нельзя не считать правильнымъ: человѣкъ обыкновенно предпочитаетъ вѣрное невѣрному.

III. Если раздѣлительное обязательство установлено посредствомъ договора (*inter vivos*), и этимъ обязательствомъ обѣщана одна вещь условно, другая безусловно, или же обѣ вещи подъ различными условіями, то обязательство считается принадлежащимъ кредитору, хотя бы неизвѣстно было, какъ разрѣшится условіе. Въ слѣдствіе того обязательство переходитъ какъ къ наследникамъ кредитора, такъ и къ наследникамъ должника.

Другое дѣло, когда раздѣлительное обязательство установлено посредствомъ legata (*mortis causa*).

I. 25 pr. quando dies legatorum vel fideicommissorum 36. 2.

Papinianus. I. XVIII Quaestionum.

... si pure fundum alterum vel ... Если онъ отказалъ одну не-
alterum sub conditione legaverit... движимость безусловно, другую
pendente conditione non erit elec- условно... пока не разрѣшится ус-

tio, nec si moriatur ad heredem ловіе, выборъ не имѣеть мѣста, transiisse legatum videbitur. и легать, въ случаѣ смерти легатарія, не переходитъ къ его наслѣднику.

По Римскому праву легать обыкновенно приобрѣтается въ моментъ смерти наслѣдодателя. Если легатарій дожилъ до этого момента, то легать можетъ перейти къ его наслѣдникамъ. Если же онъ умеръ до этого момента, то онъ и наслѣдникамъ своимъ не можетъ передать никакого права на легать.

Если легать установленъ подъ извѣстнымъ условіемъ, то онъ становится наслѣдственнымъ только въ моментъ исполненія условія. Поэтому, чтобы приобрѣсть легать, необходимо, чтобы легатарій дожилъ и до этого момента.

Въ случаѣ, изложенномъ Паниньяномъ, завѣщатель отказалъ два недвижимыхъ имущества: одно безусловно, другое условно. Спрашивается: въ который моментъ легать приобрѣтается легатаріемъ? Имущество, завѣщанное безусловно, могло само по себѣ быть приобрѣтено въ моментъ смерти наслѣдодателя; другое имущество, завѣщанное подъ условіемъ, не можетъ быть приобрѣтено ранѣе исполненія условія. Между тѣмъ оба эти имущества связаны между собою раздѣлительнымъ образомъ: какое же влияние имѣеть эта связь на опредѣленіе момента приобрѣтенія легата? Если считать раздѣлительный легать совокупностью столькихъ легатовъ, сколько предметовъ включено раздѣлительнымъ образомъ въ завѣщательное распоряженіе, то отвѣтъ былъ бы очень простъ: безусловно завѣщанное имущество было бы приобрѣтено въ моментъ смерти наслѣдодателя; напротивъ, имущество, отказанное подъ условіемъ, могло бы быть приобрѣтено только тогда, когда условіе осуществилось бы въ пользу легатарія.

Такое рѣшеніе очевидно нарушило бы раздѣлительный характеръ легата и вмѣстѣ съ тѣмъ волю завѣщателя. Этому мнѣнію придерживается и Паниньяни. «Quum illud aut illud legetur», говоритъ онъ, (l. c.) enumeratio plurium rerum, disjunctivo modo comprehensa, plura legata non facit.» «Если завѣщана одна или другая вещь, то раздѣлитель-

ное исчисленіе нѣкоторыхъ вещей не даетъ еще начало нѣсколькимъ легатамъ». И вотъ на этомъ положеніи онъ основываетъ свое рѣшеніе «Nec. aliud probari poterit, продолжаетъ онъ, si pure fundum alterum vel alterum sub conditione legaverit.»—«Едва ли можно будетъ доказать противное, когда въ раздѣлительной формѣ одно недвижимое имущество отказано условно, а другое безусловно.»

И такъ, по мнѣнію Паниньяна, и въ этомъ случаѣ налицо одинъ единичный легать, который поэтому можетъ быть приобрѣтенъ только въ одинъ и тотъ же моментъ. Моментъ, по мнѣнію Паниньяна, тотъ, въ который осуществится условіе.

Единство легата приводитъ насъ поэтому къ тому заключенію, что если одна изъ вещей раздѣлительнаго легата включена въ завѣщательное распоряженіе подъ извѣстнымъ условіемъ, то условіе это отдаляетъ моментъ приобрѣтенія всего легата.

Если легатарій не находится въ живыхъ въ моментъ событія условія, то ни условно отказанная недвижимость, ни безусловно отказанная не переходятъ къ его наслѣдникамъ.

Положенія эти подтверждаются слѣдующимъ изреченіемъ Юліана:

l. 16 pr. quando dies legatorum. 36. 2.

Julianus l. XXXV. Digestorum.

Quum ita legatum est: Stichum, Когда отказъ назначенъ слѣдующимъ образомъ: наслѣдникъ мой vel quod ex Pamphila natum erit, дастъ раба Стиха или ребенка, heres meus dato, non ante dies legati ejus cedet, quam aliquid ex которой будетъ рожденъ Памфилой, Pamphila natum fuerit, aut certum то легать приобрѣтается не ранѣе quam Pamphila родитъ, или станетъ достовернымъ, что она не можетъ уже родить.

На первый взглядъ можно было бы подумать, что оба предмета раздѣлительнаго обязательства отказаны безусловно. Но это не вѣрно. Родитъ ли Памфила ребенка или нѣтъ, это неопредѣленное событіе, лежащее въ будущемъ; между тѣмъ съ этого событія зависить—

войдетъ ли въ обязательство еще одинъ предметъ для выбора или нѣтъ. Легатъ поэтому становится наследственнымъ лишь тогда, когда разрѣшится это безмолвное условіе.

Если оба предмета отказаны подъ различными условіями, то конечно легатъ не можетъ быть приобрѣтенъ ранѣе разрѣшенія обоихъ условій.

Римское право считаетъ завѣщательныя распоряженія тѣснѣйшимъ образомъ связанными съ личностью того, въ пользу котораго они сдѣланы; едва ли однако можно считать неизбѣжной логической необходимостью то начало, что условіе легата должно разрѣшиться еще при жизни легатарія для того, чтобы перейти къ наследникамъ сего послѣдняго. Нашимъ понятіямъ, можетъ быть, болѣе соответствовало бы сравненіе легата въ этомъ отношеніи съ сдѣлками между живыми (*inter vivos*).

С Р О К Ъ .

Если въ раздѣлительномъ обязательствѣ вносъ одного предмета приуроченъ къ извѣстному сроку, между тѣмъ какъ для вноса другаго предмета срокъ не назначенъ, или же если сроки назначены для обоихъ предметовъ, но особый срокъ для каждаго предмета порознь, то и здѣсь намѣреніе сторонъ или завѣщателя могло быть различное:

или выборъ долженъ произойти между срочнымъ и безсрочнымъ или между обоими срочными вносами,

или же пользующійся правомъ выбора, для осуществленія своего права, долженъ ждать наступленія срока обоихъ вносовъ.

Какое же намѣреніе сторонъ или завѣщателя должно предполагаться

нормальнымъ? Я думаю, мы въ этомъ вопросѣ должны соображаться съ аналогією ученія объ условіяхъ тѣмъ болѣе, что каждое условіе само по себѣ содержитъ въ себѣ отерочку. Поэтому, нужно постановить правиломъ, что выборъ долженъ произойти лишь тогда, когда оба вноса станутъ равно безсрочными.

чаѣ если нѣтъ объ этомъ никакихъ указаній со стороны контрагентовъ или завѣщателя?

Можно было бы думать, что при подобныхъ обстоятельствахъ обязательство, какъ неопредѣленное, должно быть лишено всякой силы. Таково и было можетъ быть первоначальное рѣшеніе данного случая. Предполагалось вѣроятно, что стороны остановились на предварительныхъ переговорахъ о будущемъ договорѣ.

Но такое рѣшеніе данного случая, естественно, современемъ должно было показаться несправедливымъ. Не нужно ли дѣлать различія между случаемъ, когда договоръ или изъявленіе послѣдней воли остались неопредѣленными по ошибкѣ, и случаемъ, когда неопредѣленность эта намѣренна? Въ первомъ случаѣ не было, конечно, никакого средства сохранить обязательство въ силѣ. Во второмъ случаѣ, обязательство возможно было бы поддержать точнымъ изъясненіемъ намѣренія сторонъ. И не правильно ли изъяснить великую юридическую едѣлку въ смыслѣ, сохраняющемъ ея юридическую силу?

Справедливо поэтому предполагать, что въ раздѣлительномъ обязательствѣ предметъ уплаты преднамѣренно оставленъ неопредѣленнымъ. Пробѣль этотъ однако долженъ быть пополненъ.

Здѣсь-то положительное право и исполняетъ свой долгъ,—восполнить недостающую волю сторонъ.

Кому, спрашивается, думали стороны предоставить выборъ предмета уплаты?

Чтобы выборъ долженъ былъ быть предоставленъ не одному изъ контрагентовъ, а третьему лицу, это невѣроятно,—тутъ неопредѣленность была бы самая полная. Кто бы именно могъ быть этимъ третьимъ лицомъ?

Поэтому слѣдуетъ остановиться на томъ, что выборъ долженъ былъ быть предоставленъ одному изъ контрагентовъ, вѣрителю или должнику. Но кому именно изъ нихъ?

На этотъ вопросъ мы сперва дадимъ отвѣтъ по Римскому праву. Къ изложенію Римскаго права мы присоединимъ оцѣнку его. Затѣмъ перейдемъ къ изображенію новѣйшихъ законодательствъ. Представивъ

Г Л А В А IV.

О ПРАВѢ ВЫБОРА.

РАЗДѢЛЪ I.

О лицѣ, которому принадлежитъ право выбора.

§ 1.

Общія соображенія.

Въ раздѣлительномъ обязательствѣ общается одинъ или другой предметъ, уплачивается же только одинъ. Но какой именно — вотъ вопросъ. Обязательство по существу допускаетъ раздѣлительное содержаніе, уплата же можетъ состояться только посредствомъ опредѣленнаго предмета. Оставайся этотъ вопросъ нерѣшеннымъ, обязательство лишено было бы всякой силы; вслѣдствіе собственной своей неопредѣленности оно было бы неисполнимо.

Участвующія въ обязательствѣ стороны, также какъ и завѣщатель, могутъ устранить эту неопредѣленность, сдѣлавъ нужныя относительно выбора распоряженія; первыя въ самомъ договорѣ, которымъ устанавливается раздѣлительное обязательство, второй—при назначеніи отказа.

Если это сдѣлано, то воля сторонъ, или завѣщателя, разумѣется, должна быть исполнена. Выборъ предмета уплаты можетъ быть предоставленъ такимъ путемъ должнику, вѣрителю, или третьему лицу.

Но какъ поступить относительно выбора предмета уплаты, въ слу-

сначала менѣ сложный случай обязательства съ однимъ вѣрителемъ и однимъ должникомъ, мы перейдемъ потомъ къ болѣе сложному, когда въ обязательствѣ участвуютъ нѣсколько вѣрителей или нѣсколько должниковъ. Въ заключеніе мы рассмотримъ тотъ случай, когда право выбора предоставлено третьему лицу.

§ 2.

Римское право.

случай, когда раздѣлительное обязательство установлено посредствомъ договора.

Вопросъ о правѣ выбора рѣшается различно, смотря по способу установленія раздѣлительнаго обязательства. Мы рассмотримъ въ настоящемъ § тѣ случаи, когда раздѣлительное обязательство установлено *посредствомъ договора*.

Римляне любили излагать общія начала обязательственнаго права въ связи съ ученіемъ о стипуляціяхъ. Это происходило оттого, что первоначально эти общія начала и развивались у нихъ въ связи съ стипуляціей. Правила, выработавшіяся въ примѣненіи къ стипуляціи, неподволь стали примѣняться впоследствии и ко всемъ остальнымъ договорамъ. Стипуляція была во многихъ отношеніяхъ прототиномъ римскаго договорнаго права. Явленіе это объясняется легко. Нужно только вспомнить, что форма стипуляціи была самою общою формою договоровъ.

Руководящій принципъ относительно права выбора въ раздѣлительномъ обязательствѣ также, кажется, впервые установился въ области стипуляціоннаго права и лишь впоследствии распространенъ на остальные договоры.

Рассмотримъ, поэтому, сперва постановленія источниковъ относительно стипуляцій.

I. Римскіе юристы все согласны въ томъ, что право выбора предоставляется обыкновенно должнику.

a) l. 10 § 6 de jure dotium 23, 3.
Ulp. l. XXXIV ad edictum.

Quum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestitit. Когда по стипуляціи обѣщана та или другая вещь, должникъ по выбору своему можетъ дать ту, которую захочетъ.

b) По римскому праву поручитель (fidejussor) не могъ обязываться подъ болѣе обременительными условіями, нежели главный должникъ.

Только при предположеніи, что должнику принадлежитъ право выбора, понятно намъ будетъ рѣшеніе Ульпіана:

l. 8, §§ 9, 10. De fidejuss. D. 46, 1.
Ulpianus l. XLVII ad Sabin.

§ 9. Idem Julianus ait, si is qui hominem aut decem dari stipulatus fuerat, fidejussorem ita acceperit: hominem aut decem utrum ego velim? non obligabit eum, quia durior ejus conditio facta est. Тотъ же Юліанъ говоритъ, что если кто либо стипулировалъ раба или десять и принялъ поручительство такого рода: раба или десять по моему выбору, то обязательство поручителя не дѣйствительно, такъ какъ условіе для него гораздо обременительнѣе нежели для главнаго должника.

§ 10. Contra autem, si is qui hominem aut decem, utrum ipse stipulator volet, stipulatus est, recte fidejussorem ita accipit: decem aut hominem, utrum tu voles? Fit enim, inquit, hoc modo fidejussoris conditio melior. Напротивъ, если стипулировавшій себя раба или десять, по своему выбору, приметъ поручителя на слѣдующихъ условіяхъ: десять или раба по выбору поручителя, то поручительство дѣйствительно, такъ какъ, говоритъ Юліанъ, въ этомъ случаѣ условія для поручителя болѣе легкія.

c) l. 138, § 1 de verb. obl. (45, 1).
Venulejus l. IV stipulationum.

Quum pure stipulatus sum illud aut illud dari, licet tibi quoties vises, mutare voluntatem in eo quod praestitulum sis. Если я стипулировалъ безъ всякихъ оговорокъ, то или другое, то воленъ ты, сколько тебѣ угодно, переменить свой выборъ въ отношеніи того, что тебѣ придется уплатить.

d) l. 106. De verbor. obligat. (45, 1).
Javolenus l. VI epistolarum.

Qui ex pluribus fundis, quibus idem nomen impositum fuerat, unum fundum sine ulla nota demonstrationis stipuletur, incertum stipulatur, id est eum fundum stipulatur, quem promissor dare voluerit. Кто изъ нѣсколькихъ недвижимостей, имѣющихъ одно и тоже название, стипулируетъ себѣ одну безъ всякой оговорки, тотъ стипулируетъ — вещь неопредѣленную, т. е. стипулируетъ себѣ ту недвижимость, которую обещавшій захочетъ ему дать...

e) l. 6, § 1, de jure patronat. 37, 14.
Paulus l. II ad legem Aeliam Sentiam.

Stipulatus est centum operas aut in singulas aureos quinos dari; non videtur contra legem stipulatus, quia in potestate liberti est operas dare. Кто стипулировалъ себѣ сто услугъ или уплату пяти золотыхъ за каждую изъ нихъ, тотъ не заключилъ противной законамъ стипуляціи, такъ какъ вольноотпущенникъ вправе платить услугами.

При отпущеніи на волю, владѣльцы рабовъ, какъ извѣстно, имѣли обихованіе выговаривать себѣ у отпущаемыхъ на волю рабовъ извѣстныя услуги, работы; мотивомъ были здѣсь или матеріальныя выгоды или желаніе держать отпущеннаго на волю въ нѣкоторой зависимости. Только въ седьмомъ столѣтіи преторъ Рутліи впервые по-

старался оградить вольноотпущенныхъ отъ слишкомъ стѣснительныхъ условій, которымъ они подъ обаяніемъ свободы охотно поддавались ¹⁾.

Позднѣе изданный законъ Aelia Sentia заключаетъ въ себѣ постановленія въ томъ же смыслѣ: никто изъ патроновъ не можетъ обязывать вольноотпущенныхъ къ доставленію вмѣсто услугъ денегъ, въ противномъ случаѣ онъ теряетъ jura patronatus ²⁾.

Paulus, комментируя lex Aelia Sentia, разрѣшаетъ въ приведенномъ аргументѣ слѣдующій вопросъ: если вольноотпущенный альтернативно обѣщаетъ своему патрону услуги или деньги, то нарушается ли такимъ договорамъ lex Aelia Sentia и теряетъ ли поэтому господинъ jus patronatus? Вопросъ разрѣшенъ вѣрно, предполагая, что право выбора принадлежитъ должнику ³⁾.

Эти мнѣнія классическихъ юристовъ принялъ и Юстиніанъ, помѣстивъ ихъ въ своихъ Пандектахъ и высказавшись въ томъ же смыслѣ и въ Институтахъ:

§ 3 J. de actionibus IV, 6.

... si quis ita a te stipulatus sit: hominem Stichum aut decem aureos dare spondes?... promissoris est electio utrum pecuniam an hominem solvere malit. Если кто стипулировалъ такимъ образомъ: раба Стиха или десять золотыхъ обѣщаешь дать?... то должникъ вправе выбрать предметъ уплаты, деньги или раба.

¹⁾ l. 1. pr. § 1. D. de bonis libertorum. 38, 2.

l. 2. pr. D. de operis libertorum. (38. 1).

²⁾ l. 6. § 1. D. de jure patronatus 37. 14.

l. ultim. § 1. 2. D. qui et a quibus manum. (40. 9).

l. 5. § 22. De agnosc. et alend. lib. (25. 3).

l. 1. de op. lib. 38, 1.

³⁾ l. de jure patronatus. 37, 14.

§ 3.

ПРОДОЛЖЕНИЕ.

II. Установленное относительно стипуляцій положение примѣняется въполнѣ и къ обязательству мужа возвратить dos въ случаѣ расторженія брака.

а) I. 10 § 6. de jure dotium (23. 3).

Для уразумѣнія этого мѣста мы должны еще разъ напомнить читателю слѣдующее: обыкновенно, при назначеніи dos производилась оцѣнка дотальныхъ предметовъ. Цѣль при этомъ была различная: или оцѣнка была дѣлаема для опредѣленія вознагражденія на случай утраты или поврежденія дотальныхъ вещей (*aestimatio taxationis gratia*¹⁾; или опредѣлялось, что вещи *in natura* не подлежали возвращенію, а мужъ обязанъ былъ только заплатить ихъ стоимость. Мужъ въ послѣднемъ случаѣ является покупателемъ вещей и объектомъ dos становится, собственно, стоимость ихъ — *aestimatio venditionis causa*²⁾. Нормальною считалась вѣроятно послѣдняя оцѣнка, такъ какъ dos *aestimata* означаетъ обыкновенно приданое, при назначеніи котораго производилась *aestimatio venditionis causa*³⁾.

Но конечно можетъ быть опредѣлительно условлено, что мужъ долженъ возвратить или вещи *in natura* или ихъ стоимость. Тогда стоимость вещей не будетъ *единственнымъ* предметомъ обязательства мужа, возникающаго при расторженіи брака, не будетъ также эвентуальнымъ предметомъ на случай, когда вещи *in natura*, по винѣ мужа

1) I. 69. § 7. de jure dotium. 23. 3.

I. 21. C. cod. 5. 12.

2) I. 5. C. cod. 5. 12.

I. c. pr. I. 14. I. 15. D. cod. 23. 3.

3) Puchta Pandekten. § 415.

погибли или сдѣлались негодными; обязанность мужа есть альтернативная и обнимаетъ одинаково какъ вещи, такъ и стоимость ихъ.

И этотъ-то случай и разсматривается въ приведенномъ нами мѣстѣ:

I. 10. § 6. de Jure Dot. 23. 3.

Ulp. lib. XXXIV ad edictum.

Si res in dotem datae fuerint Если въ приданое даны вещи, *quamvis aestimatae, verum con-* хотя бы съ оцѣнкою, но въ дого- *venerit ut aut aestimatio, aut* ворѣ опредѣлено, что возвращенны *res praestentur, si nihil de elec-* должны быть, или самыя вещи, или *tione aduciatur, electionem habebil* ихъ стоимость,—если ничего не *marilus, utrum malit res offerre,* постановлено о выборѣ, мужъ мо- *an pretium earum.* жетъ предложить вещи или ихъ *стоимость.*

Для насъ въ особенности важенъ здѣсь мотивъ, который приводитъ юристъ въ пользу своего мнѣнія:

Nam et quum illa aut illa res потому что, когда та или другая *promittitur, rei electio est utram* вещь обѣщана по стипуляціи, то *praestet.* право выбора принадлежитъ долж- *нику.*

Онъ разрѣшилъ, какъ мы видимъ, вопросъ по аналогіи съ стипуляціей.

б) обязательство мужа къ возвращенію приданого можетъ имѣть альтернативное содержаніе и въ томъ случаѣ, когда предметомъ приданого дѣлается альтернативный долгъ мужа. Здѣсь мужъ, сохраняя свое право выбора, можетъ признать дотальною ту или другую вещь, по своему усмотрѣнію.

I. 9. de fundo dotali. 23. 5.

Africanus I. VIII Quaestionum.

§ 1. *Quodsi ei promittat, qui fun-* Но если она (жена) обѣщаетъ *dum aut decem debuit, in arbitrio* мужу въ приданое то, что онъ ей *esse mariti, quod in dote sit.* долженъ, а мужъ долженъ недви- *жимость или десять, то отъ усмо-*

тѣмъ мужа завѣнть опредѣлить,
что будетъ предметомъ приданаго.

c. I. 46. § 1. de I. D. (23. 3).
Iulianus l. XVI Dig.

Si debitori suo mulier nuptura
ita dotem promisisset: quod mihi
debes, aut fundus Sempronianus doti
tibi erit; *utrem mulier vellet id indo-*
leerit. Если женщина, выходящая за
мужъ за должника своего, слѣдую-
щимъ образомъ обѣщала ему при-
даное: даю тебѣ въ приданое то,
что ты мнѣ долженъ или недвижи-
мость Семпроніанскую; то пред-
метомъ приданаго будетъ то, что
пожелаетъ женщина.

Здѣсь, какъ намъ уже извѣстно, первоначально разсматривалось не
формальное обѣщаніе приданаго, *dictio* классическаго римскаго права.
И въ случаѣ *dictio*, какъ мы видимъ, право выбора принадлежало
должнику.

IV. Тоже правило примѣняется и въ договорахъ на вѣру (*contractus bonae fidei*). И здѣсь также примѣненіе этого правила мотивируется
аналогіей стипуляціи.

a) I. 34. § 6. *contr. emt.* 18. 1.
Paulus l. XXXIII. *ad edictum.*

Si *emtio ita facta fuerit: est* Если договоръ купли былъ за-
mibi emtus Stichus, aut Pamphi- ключень такимъ образомъ: куп-
lus, in potestate est venditoris, quem лень мною Стихъ или Памфилъ,
velit dare, sicut in stipulationibus. то продавецъ можетъ дать того
изъ нихъ, котораго пожелаетъ, какъ
въ стипуляціяхъ.

b) I. 25. *pr. eo l.*
Ulpianus l. XXXIV *ad. Sabinum.*

Si ita *distrahitur: illa aut illa* Если проданы вещи такъ: та или
res, utram eliget venditor, haec erit другая вещь, то купленную счи-
emta. тается та вещь, которую выберетъ
покупатель.

c) I. 21. § 6. *de act emti et vend.* 19. 1.
Paulus l. XXXIII *ad edictum.*

Qui domum vendebat, excepit *Pro* Продавшій домъ выговорилъ себѣ
sibi habitationem, donec viveret, пожизненную квартиру въ домѣ,
aut in singulos annos decem, em- или ежегодную плату десяти, ку-
tor primo anno maluit decem pra- пившій заплатилъ первый годъ де-
stare, secundo anno habitationem сять, на второй доставилъ квар-
praestare; Trebatius ait, mutandae тирю; Требаціусъ говоритъ, что
voluntatis potestatem eum habere, онъ можетъ перемѣнить свое рѣ-
singulisque annis alterutrum prae- шеніе и каждый годъ доставлять
stare posse, et quamdiu paratus другое, и продавшій домъ не впра-
sit alterutrum, praestare petiti- въ предъявить требованіе на что
onem non esse. нибудь одно.

Цитированныя нами мѣста источниковъ приводятъ къ заключенію,
къ которому пришли единогласно всѣ новѣйшіе юристы: что вообще,
въ раздѣлительномъ обязательствѣ, возникающемъ изъ договора, право
выбора принадлежитъ должнику ¹⁾.

V. Впрочемъ, правило это не абсолютное; стороны могутъ постано-
вить и иначе, предоставить выборъ кредитору. Но чтобы предоставле-
ніе это было дѣйствительно, оно должно быть положительно высказано.
Возможное постановленіе этого рода, выводъ его изъ обстоя-
тельствъ дѣла не допускается. Вездѣ, гдѣ выборъ предоставленъ кре-
дитору, источники предполагаютъ положительное условіе сторонъ въ
этомъ смыслѣ—какъ въ строгихъ договорахъ (*contractus stricti juris*)
гдѣ допускается только буквальное толкованіе, такъ и въ договорахъ
на вѣру (*contractus bonae fidei*), гдѣ обращается главное вниманіе
на намѣреніе сторонъ.

a) I. 112. *pr. de V. O.* 45. 1.
Pomponius l. XV *ad Quint. Mucium.*

Si quis stipulatus sit Stichum Если кто либо стипулировалъ

¹⁾ Cp. Savigny: *Obligationenrecht* Bd. I. § 38.

aut Pamphilum, *utrum ipse vellet, quem elegerit, petet.* Стиха или Памфила, котораго онъ самъ захочетъ, то онъ можетъ потребовать того изъ нихъ, котораго выберетъ.

б) Римляне, какъ извѣстно, раздѣляли стипуляціи на два класса: *stipulationes certae* и *incertae*. *Stipulatio incerta* такое обязательство, дѣйствительность котораго несомнѣнна, по объему практическаго осуществленія и цѣнность котораго неизвѣстны; если они извѣстны, то *stipulatio* называется *certa* ¹⁾.

Разсматривая вопросъ къ какому роду стипуляцій относится стипуляція съ альтернативнымъ содержаніемъ, Ульпіанъ говоритъ:

I. 75. § 8. de V. O. 45. 1.

Ulpianus I. XXIII ad edictum.

Sed utcumque is, qui sibi electionem constituit adjectis his verbis: utrum ego velim, potest videri certum stipulatus. Кто предоставляет себѣ выборъ вещи, присовокупилъ слова: *utrum ego velim, potest videri certum stipulatus*.

в) Впрочемъ, предоставленіе вѣрителю права выбора можетъ быть выражено въ какихъ угодно, не только въ какихъ нибудь стереотипныхъ выраженіяхъ, какъ напр. *utrum ego velim* и т. п.

I. 93. eod.

Paulus I. III ad Vitellium.

Si sic stipulatus fuero: per te non fieri, quominus hominem ex his quos habes, sumam? electio mea erit. Если я стипулировалъ такъ: *potest videri certum stipulatus* — zvolniť li ty mň vzítъ одного изъ рабовъ, которыми ты владеешь? — то выборъ принадлежитъ мнѣ.

d) I. 10. § 6. 23. 3.

Ulpianus I. XXXIV ad sabinam.

Si res in dotem datae fuerint, quamvis aestimatae, verum conven- Если въ приданое даны хотя и оцѣненные вещи, по постановленю,

¹⁾ Savigny, Obligat. Recht. I. § 38.

erit, ut aut aestimatio, aut res praestentur, si quidem fuerit adjectum: utrum mulier velit, ipsa eliget utrum malit petere rem, aestimationemve. что должны быть возвращены вещи или ихъ стоимость, то если было добавлено: что захочетъ жена, послѣдняя, по своему выбору, и можетъ предъявить искъ на вещь или на стоимость.

e)

I. 34. § 6. de contr. emt. 18. 1.

Paulus I. XXXIII ad edictum.

Si emptio ita facta fuerit: est mihi emptus Stichus aut Pamphilus... emptoris fuit arbitrium, quem velit habere, si modo hoc solum arbitrio ejus commissum sit. Если купля заключена такимъ образомъ: я покупаю Стиха или Памфила... отъ воли покупателя за- снть выборъ раба, если только выборъ ему предоставленъ.

Въ томъ же смыслѣ, какъ и мы, понимаютъ относящіяся сюда мѣста неочинковъ и всѣ новѣйшіе юристы: — они тоже предполагаютъ, что предоставленіе вѣрителю права выбора должно быть совершено *expressis verbis* ¹⁾.

§ 4.

Случай, когда раздѣлительное обязательство возникло изъ легата.

Здѣсь мы должны различать Юстиниановское право отъ доюстиниановскаго; въ доюстиниановскомъ правѣ мы разсмотримъ съ одной стороны *legatum per vindicationem*, sinendi modo и *per praescriptionem*, съ другой же *legatum per damnationem*; затѣмъ нѣкоторыя фазы развитія права легатовъ.

1. *Legatum per vindicationem, sinendi modo* и *per praescriptionem*. а) *Legatum per vindicationem* былъ, какъ извѣстно, отказъ, которымъ

¹⁾ Наприм. Savigny I. с.

наследодатель передавал непосредственно право собственности, или какое нибудь вещное право, известному лицу.

Если завещано альтернативно несколько предметов в формѣ *legatum per vindicationem*, то выборъ принадлежитъ легатарію.

I. 19. de legat. II. (31).

Celsus I. XVIII digestorum.

Si is cui legatus sit Stichus, aut Pamphilus, quum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis jus non habet.

Если тотъ, которому отказанъ Стихъ или Памфилъ, потребовалъ Стиха, полагая, что ему завещанъ только послѣдній, то онъ не имѣетъ права перемѣнить искъ и требовать другого.

Легатарій, которому отказаны тотъ или другой рабъ, потребовалъ одного изъ нихъ, полагая, что одинъ только (потребованный имъ) завещанъ ему; спрашивается, можетъ ли легатарій, узнавъ о своемъ заблужденіи, перемѣнить выборъ? Вопросъ этотъ очевидно только возможенъ при предположеніи, что право выбора принадлежитъ легатарію ¹⁾.

б) При *legatum per praesertionem* одинъ изъ наследниковъ (имѣніе Сабиніянцевъ) или и постороннее лицо (имѣніе Прокулеянцевъ) получаетъ напередъ что либо изъ наследства прежде другихъ наследниковъ (имѣніе Сабиніянцевъ), или наследниковъ вообще (имѣніе Прокулеянцевъ). Къ этому легату, какъ известно, примѣняются все правила *legatum per vindicationem* и поэтому мы съ достовѣрностію можемъ сказать, что и здѣсь право выбора принадлежитъ легатарію. Въ источникахъ впрочемъ мы не находимъ объ этомъ никакихъ указаній.

в) При *legatum sinendi modo*, наследникъ не обязанъ ни къ какому положительному дѣйствію, но долженъ только дозволить легатарію взять отказанную вещь.

Кому принадлежитъ здѣсь право выбора? И здѣсь не находимъ мы

¹⁾ Ср. также I. 23. de legatis II. I. 20. de leg. II.

указаній въ источникахъ и должны рѣшить этотъ вопросъ сообразно существу легата.

Обыкновенная формула этого легата была слѣдующая: *heres meus damnas esto Lucium Titium sinere Stichum servum sumere sibi que habere.*

Эта формула, буквально изтолкованная, положительно предоставляла право выбора легатарію. Доказательствомъ тому служить уже приведенное выше мѣсто, въ которомъ римскій юристъ даетъ толкованіе подобнымъ же образомъ формулированной стипуляціи.

I. 93. de V. O. 45. 1

Paul. I. III ad Vitell.

Si sic stipulatus fuero per te non fieri, quominus hominem ex his, quos habes sumam? *electio mea erit.*

Если я стипулированъ такъ: поvoliшь ли ты мнѣ взять одного изъ рабовъ, которыми ты владѣешь? выборъ принадлежитъ мнѣ.

Взглядъ нашъ подтверждается еще тою вообще пассивною ролью, которую играетъ здѣсь наследникъ.

Впрочемъ, толкованіе наше не устраняетъ всѣхъ сомнѣній, они естественны, если мы вспомнимъ разногласіе, господствующее относительно самаго существа и дѣйствія легата *sinendi modo*. ¹⁾

II. При *legatum per damnationem* наследнику принадлежитъ выборъ. Легатъ этотъ устанавливалъ строгое обязательство наследника относительно легатарія.

а)

I. 19 de legatis II. (31).

Celsus I. XVIII. Digestorum.

.... Si damnatus heres alterutrum dare, Stichum dederit, *quum ignoret, sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.*

Если наследникъ, которому вменено въ обязанность дать легатарію Стиха или Памфила, дастъ Стиха, не зная, что онъ могъ бы, если бы желалъ, дать Пам-

¹⁾ Ср. *Arndts: Lehre v. den Vermächtnissen.* Bd. I. § 15 17. a.

фила, не может послѣ того, какъ уже далъ Стиха, потребовать его обратно.

Объ этомъ мнѣніи Цельзіа мы будемъ имѣть еще впоследствии случаи говорить подробно. Здѣсь только замѣтимъ, что изъ приведеннаго мѣста видно, что и при легатѣ per damnationem право выбора принадлежитъ наслѣднику.

b) I. 15. D. de legat. II. 31.
Celsus I. VI. Dig.

Si quis duobus heredibus institutis ita legaverit: Stichum aut decem heredes danto, non potest alter heredum quinque, alter partem Stichi dare, sed necesse est utrumque aut Stichum totum aut decem solvere. Если кто, назначивъ двухъ наслѣдниковъ, сдѣлаетъ слѣдующій отказъ: Стиха или десять должны дать мои наслѣдники, то не можетъ одинъ изъ наслѣдниковъ дать пять, а другой часть Стиха, но необходимо, чтобы оба они доставили цѣлаго Стиха или десять.

Во всякомъ раздѣлительномъ обязательствѣ, долженъ быть доставленъ тотъ или другой предметъ; предметы замѣняютъ, но и исключаютъ другъ друга. Поэтому должникъ не освобождается отъ обязательства, если онъ доставитъ часть одного и часть другого предмета.

Если поэтому въ альтернативномъ обязательствѣ участвуетъ нѣсколько должниковъ, то они обязаны все вмѣстѣ доставить одинъ или другой предметъ, и недопускается, чтобы одинъ должникъ внесъ часть одного предмета, другой же часть другого. Правило это и высказывается именно Цельзомъ въ цитированномъ мѣстѣ. Для насъ важно въ этомъ мѣстѣ только то, что уполномоченными къ выбору лицами предполагаются наслѣдники; въ противномъ случаѣ юристъ сказалъ бы, что легатарій не можетъ требовать у одного наслѣдника части одного предмета, у другого части другого.

c) I. 43. § 3. de legatis II 31.

Pomponius I. III ad Quint. Mucium.

Si ita scriptum sit: decem, aut quindecim heres dato, pro eo est ac si decem sola legata sint. Если написано такъ: наслѣдникъ долженъ дать десять или пятнадцать, все равно, какъ если бы было отказано только десять.

Разсматриваемый юристомъ случай содержитъ впрочемъ только мнимую альтернативу. Тутъ не два различные предмета подлежатъ обязательству, но одинъ и тотъ же предметъ въ большемъ или меньшемъ объемѣ. Мы приводимъ этотъ случай по сходству его съ прежними случаями. Если бы здѣсь выборъ принадлежалъ вѣрителю, то предметомъ обязательства конечно былъ бы plus a ne minus.

Точно такимъ же образомъ, въ томъ же фрагментѣ, разрѣшаетъ Помпоніусъ и другой случай съ мнимою альтернативою:

aut si ita (scriptum) sit: post annum aut post biennium, quam ego dececessero heres dato, post biennium videtur legatum, quia heredis esset potestas in eligendo. ...или если (написано) такъ: наслѣдникъ долженъ дать (чтонибудь) годъ или два спустя послѣ моей смерти, то отказъ можетъ быть потребованъ лишь по истеченіи двухъ лѣтъ, такъ какъ право выбора принадлежитъ наслѣднику.

Ср. также I. 47. § 3. de legatis I. I. 109 § 1. eod.

Примѣчаніе. Здѣсь должны мы еще подробно разсмотрѣть I. 71 preod. Отрывокъ этотъ служитъ предметомъ споровъ, но разрѣшается, по нашему мнѣнію, очень просто.

I. 71 pr. de legatis. I. (30).

Ulpianus I. LI ad edictum.

Si domus alicui simpliciter est legata, neque adjectum quae domus, cogentur heredes quam vellet (volent Hal.) domum ex his, quas testator habebat, legatario dare. Sed si multas aedes reliquerit, magis derisorium est, quam utile legatum.

И такъ, наследодатель отказалъ кому нибудь домъ. Здѣсь могутъ быть два случая:

1) Или въ наследствѣ вовсе не имѣется дома,—тогда воля наследодателя до такой степени неопредѣленна, что можно сомнѣваться въ ея серьезности, отказъ такой недействителенъ.

2) Или въ наследствѣ есть нѣсколько домовъ, тогда предполагается, что наследодатель имѣлъ въ виду одинъ изъ этихъ домовъ, такъ какъ обыкновенно каждый и на случай смерти распоряжается своимъ имуществомъ, а не чужимъ. Здѣсь неопредѣлено только, который изъ домовъ отказанъ, легать имѣеть альтернативное содержаніе. Спрашивается: кому принадлежитъ выборъ? Разрѣшеніе этого вопроса тѣсно связано съ другимъ, именно съ вопросомъ,—какъ слѣдуетъ читать приведенный отрывокъ? Во флорентійской рукописи сказано «Vellet»,—слѣдовательно выборъ принадлежитъ легатарію. Вариантъ юриста 16 столѣтія, знаменитаго Balouander'a гласитъ «volent», и предоставляетъ выборъ наследникамъ. Какой текстъ должны мы признать правильнымъ? Прежде чѣмъ отвѣчать на этотъ вопросъ, мы должны опредѣлить какого рода настоящій легать. Есть ли это *legatum per vindicationem*, которымъ легатарію передается непосредственно право собственности на отказанную вещь? Тогда конечно, сообразно изложеннымъ нами общимъ началамъ, право выбора принадлежитъ легатарію и въ текстѣ необходимо читать «vellet». — Если, напротивъ, это *legatum per damnationem*, которымъ устанавливается обязательство наследника къ легатарію, тогда мы должны выборъ предоставить наследникамъ и въ текстѣ читать «volent».

Къ сожалѣнію, по выраженіямъ отрывка чрезвычайно трудно опредѣлить, о какомъ здѣсь легатѣ идетъ рѣчь. Послѣдствіе легата выражено юристомъ слѣдующимъ образомъ: *cogentur heredes domum dare*. Подъ *dare* въ тѣсномъ смыслѣ разумѣютъ римскіе юристы не простую передачу (*tradere*), но передачу въ собственность. Если поэтому постановлено, что наследники должны передать одинъ изъ домовъ въ собственность легатарія, то, конечно, рѣчь идетъ о *legatum per damnationem*, такъ какъ *legatum per vindicationem* передаетъ

право собственности непосредственно. Но если мы примемъ во вниманіе выраженія, излагающія содержаніе самаго легата, то дѣло получить иной видъ: *si domus simpliciter sit legata*. Слово *legare* въ собственномъ смыслѣ означаетъ легать *per vindicationem*. Чтобы видѣть въ данномъ отрывкѣ *legatum per damnationem*, нужно слово *legare* принимать въ пространномъ смыслѣ, т. е. въ смыслѣ назначенія отказа вообще безъ обозначенія его вида. Наоборотъ, принимая *legatum per vindicationem*, нужно понимать слово *dare* въ пространномъ смыслѣ передачи.

Что касается насъ, то мы склоняемся на сторону *legatum per vindicationem*. Выраженіе *simpliciter legata* убѣждаетъ насъ въ томъ. *Legatum* бываетъ *simplex* тогда, когда употреблено одно слово *legare: domum Titio lego*. Слово же *lego* безъ всякихъ прибавленій обозначаетъ *legatum per vindicationem*. Взглядъ нашъ раздѣляетъ Бринцъ, который предполагаетъ, что отказывается безъ оговорокъ, просто, то что и передается просто, т. е. безъ посредства наследниковъ ¹⁾.

Если же въ отрывкѣ Ульпіана разсматривается легать *per vindicationem*, то, во 1-хъ, право выбора принадлежитъ легатарію, а во вторыхъ единственно правильнымъ нужно считать текстъ флорентійскій со словомъ «vellet».

§ 5.

ПРОДОЛЖЕНІЕ.

III. Право выбора въ случаѣ легата, по доюстиніановскому праву въ дальнѣйшемъ его развитіи.

Различіе между четырьмя видами легатовъ произошло вслѣдствіе толкованія воли наследодателя и имѣло своимъ предположеніемъ,—созна-

¹⁾ Brinz Pandecten Abtt. II. p. 872.

тельное употребление извѣстныхъ формулъ. Предположеніе это конечно теряло значеніе съ постепеннымъ исчезновеніемъ пониманія формъ. Это приводило къ призванію недействительными большей части отказовъ. Вслѣдствіе того *Senatusconsultum Neronianum* постановлено, что легатъ не признается недействительнымъ только на томъ основаніи, что не употреблены приличныя къ случаю выраженія: если онъ только, за устраненіемъ вопроса о формѣ, другими недостатками не страдаетъ, то онъ остается въ силѣ, какъ *legatum per damnationem*¹⁾.

Съ этихъ поръ легатаріи могли въ качествѣ кредитора требовать у наследника и вещь, отказанную посредствомъ *legatum per vindicationem*, устраняя такимъ образомъ необходимое при послѣдней формѣ легата приведеніе доказательствъ, что наследодатель, въ моментъ составленія завѣщанія и въ моментъ смерти своей, былъ собственникомъ отказанной вещи *ex jure Quiritium*.

Вообще удобства положенія *senatusconsultum Neronianum* были такъ значительны, что съ этихъ поръ, полагаемъ, почти всѣ легатаріи предъявляли личныя требованія къ наследнику и при непосредственной передачѣ собственности. Отсюда можно было бы заключить, что, такъ какъ на практикѣ *legatum per damnationem* стала господствующею формою легатовъ, то и при *legatum per vindicationem* въ случаѣ примѣненія *Senatusconsultum Neronianum*, право выбора должно было принадлежать должнику.

Такое заключеніе было бы однако опрометчиво.

Уже съ раннихъ поръ римскіе юристы старались соединить преимущества *legatum per vindicationem* съ преимуществами *legatum per damnationem*. Отправляясь отъ точки зрѣнія, что *Senatusconsultum Neronianum* имѣло въ виду улучшить положеніе легатарія, они предоставили право выбора легатарію и тогда, когда послѣдній завѣщанную ему непосредственно въ собственность вещь требовалъ у наследника, посредствомъ *actio in personam*.

¹⁾ Ср. главу II.

I. 108. § 2. D. de legatis I (30).
Africanus въ V. Quaestionum.

Quum homo Titio legatus esset quaesitum est, utrum arbitrium heredis est quem velit dandi, an potius legatarii? Respondi, verius dici, electionem ejus esse cui potestus sit qui actione uti velit, id est legatarii.

Мнѣ былъ предложенъ слѣдующій вопросъ: Титію отказанъ рабъ; можетъ ли наследникъ, по своему усмотрѣнію, дать того раба, котораго захочетъ, или же выборъ принадлежитъ легатарію? Я отвѣчалъ, что самое вѣрное — предоставить право выбора тому, который можетъ предъявить на вещь тотъ или другой искъ, т. е. легатарію.

Кругъ примѣненія права выбора наследника расширился вслѣдствіе установленія новаго института, т. н. *fideicommissum*. Съ развитіемъ этого института во время имперіи, когда каждое неформальное распоряженіе на случай смерти начало признаваться действительнымъ, отношеніе наследника къ фидеикоммиссарію получило обязательственный характеръ.

Фидеикоммиссъ имѣлъ большое сходство съ *legatum per damnationem*, съ тою однако разницею, что онъ обезучдался по началамъ *aequitas*—между тѣмъ какъ обязательство, возникшее изъ легата *per damnationem*, было *obligatio stricti juris*. Поэтому мы можемъ не безъ основанія заключить, что и при фидеикоммиссахъ право выбора принадлежало наследнику. Предположеніе это подтверждается слѣдующимъ отрывкомъ изъ Африкана.

I. 109. de legatis I. 30.
Africanus I. VI. Quaestionum.

§ 1. *Heres cujus fideicommissum erat, ut mihi fundum, aut centum daret, fundum Titio vendidit; quum electio ei noningitur,*

Наследникъ, которому въ видѣ фидеикоммисса поручено дать мнѣ недвижимъ или сто, продалъ недвижимъ Титію; такъ какъ

ulrum malit, dandi, ut tamen alterum solidum praestet... выборъ предмета предоставленъ ему, лишь бы доставилъ цѣлостью который нибудь изъ нихъ.

§ 6.

ПРОДОЛЖЕНИЕ.

IV. Право выбора при назначеніи отказа, по Юстиниановскому праву.

Различіе между легатами и фиденкоммиссами, современемъ все болѣе и болѣе ослабѣвавшее, было совершенно уничтожено, какъ намъ извѣстно, Юстинианомъ. Оба института слиты въ одинъ и выгоды ихъ соединены, для того, чтобы отказы могли быть осуществлены въ самыхъ широкихъ размѣрахъ. Легатаріи съ этого времени должны были пользоваться самыми широкими правами, предоставляемымъ легатаріямъ, слѣдовательно и правомъ выбора, предоставляемымъ легатарію въ *legatum per vindicationem*, конечно за исключеніемъ случая, когда при назначеніи легата право выбора опредѣлительно предоставлено было наследнику ¹⁾.

По мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, предоставленіе права выбора легатарію слѣдовало бы ограничить случаями, въ которыхъ легатаріи имѣетъ вещный искъ—*rei vindicatio*, когда слѣдовательно отказаны вещи, составляющія собственность наследодателя, такъ какъ только такія вещи и могутъ сдѣлаться непосредственно собственностью легатарія. Если отказаны принадлежащія постороннему лицу вещи, то должны быть примѣняемы правила *legatum per damnationem* и право выбора должно быть дано наследнику. По этому взгляду, какъ мы видимъ, право выбора легатарія есть слѣдствіе его виндикаціоннаго права. Взглядъ этотъ подтверждается также цитатами изъ неопубликованной, —напр., приведенною выше I. 108. § 2. *de legatis I.* (30).

Мнѣніе это невярно, главнымъ образомъ потому, что право вы-

¹⁾ I. 1. C. 6. 43. Savigny. *Obligationen recht.* Bd. I. § 33.

бора предоставлено легатарію не какъ слѣдствіе принадлежащей ему *rei vindicatio*. Цѣль Юстиніана, при соединеніи различныхъ видовъ легатовъ, была усилить дѣйствіе легата вообще преимуществами прежнихъ отдѣльныхъ видовъ легатовъ. Для Юстиніана важны здѣсь были только практическія послѣдствія извѣстныхъ началъ, не самыя начала. Поэтому, если легатарій въ нѣкоторыхъ случаяхъ не можетъ приобрести непосредственнаго права собственности, то этимъ еще не представляется основанія лишать его другаго права, другаго преимущества,—права выбора. Преимущества различныхъ видовъ легатовъ не вытекаютъ одно изъ другаго, не обуславливаютъ себя взаимно.

Приведенное выше мѣсто источниковъ I. 108. § 2 *de legatis I.* (30) легко можетъ быть согласуемо съ нашимъ мнѣніемъ. I. 108 § 2 распадается на двѣ части: въ первой рѣшается извѣстный случай, во второй мотивируется рѣшеніе. Рѣшеніе гармонируетъ вполнѣ съ высказаннымъ нами ученіемъ; мотивы же представляютъ историческій остатокъ въ видѣ тѣхъ, которыхъ такъ много въ *Corpus juris*.

Не противорѣчитъ общему правилу то, что наследнику принадлежитъ право выбора въ слѣдующихъ случаяхъ: если завѣщатель имѣлъ въ виду одну опредѣленную вещь, въ наследствѣ же окажется ихъ нѣсколько того же рода, такъ что съ точностію нельзя будетъ опредѣлить, которую изъ нихъ отказалъ завѣщатель.

I. 37. § 1. *de legatis I.* 30.

Ulpianus l. XXI ad Sabinum.

Si de certo fundo sensit testator nec appareat de quo cogitavit, electio heredis erit, quem velit dare. Если завѣщатель имѣлъ въ виду опредѣленное недвижимое имущество, но не ясно какое, то наследникъ, по своему выбору, можетъ дать ту недвижимость, которую захочетъ.

Тутъ въ сущности нѣтъ альтернативнаго легата.

Передъ окончаніемъ этого параграфа намъ еще остается рѣшить вопросъ о томъ, какимъ образомъ согласовать мѣста трактующія о

legatum per damnationem съ другими узаконеніями Юстиніана? Мѣста эти имѣютъ своимъ предположеніемъ право выбора наследника. Новыя узаконенія же Юстиніана предоставляютъ право выбора легатарію. Чтобы устранить настоящее противорѣчіе, намъ остается только принять, что мѣста источникъ, относящіяся къ legatum per damnationem, имѣютъ въ виду случаи, когда право выбора предоставлено наследнику положительнымъ образомъ ¹⁾.

§ 7.

Мотивы римскаго права въ ученіи о правѣ выбора и критика этого ученія.

Древнее Римское право, въ области раздѣлительныхъ обязательствъ, знало только одно правило относительно права выбора: выборъ принадлежитъ всегда и вездѣ должнику.

По Юстиніанову праву существуютъ относительно этого два правила. Если раздѣлительное обязательство установлено по случаю смерти, то выборъ принадлежитъ кредитору; если же оно установлено между живыми, то выборъ принадлежитъ должнику.

Юстиніаново право мы можемъ оставить въ сторонѣ. Въ основаніи его лежитъ извѣстная склонность Юстиніана толковать завѣщательныя распоряженія по возможности широко и либерально. Мы здѣсь будемъ имѣть въ виду одно классическое право.

Какимъ же образомъ, спрашивается, Римское право дошло до того начала, что выборъ принадлежитъ должнику?

По мнѣнію Савиньи, это объясняется самымъ существомъ обязательства. Въ каждомъ обязательствѣ самая существенная часть—это дѣйствіе должника. Поэтому, если договоромъ оставлена неопредѣ-

¹⁾ Savigny Obligationen Recht, Bd. I. § 38.

ленною часть этой дѣятельности, то этимъ самымъ уже предоставлено должнику право восполнить этотъ пробѣлъ по своему усмотрѣнію ¹⁾.

Эта теорія Савиньи отличается большими преимуществами. Выводъ право выбора должника изъ самаго существа обязательства, она, по необходимости, примѣнима ко всемъ раздѣлительнымъ обязательствамъ безъ исключенія, не различая способовъ ихъ установленія. Къ сожалѣнію, теорія Савиньи основана только на одномъ—на авторитетѣ ея знаменитаго автора.

Едва ли менѣе основательно было бы то положеніе, что въ каждомъ обязательствѣ самую существенную часть составляетъ право кредитора, и что вслѣдствіе того именно ему и должно быть предоставлено восполненіе обязательства опредѣленіемъ предмета уплаты.

Но истина, мы думаемъ, не находится на сторонѣ ни той, ни другой теоріи. Въ каждомъ обязательственномъ отношеніи право кредитора и обязанность должника равно существенны. Право кредитора немислимо безъ соответственной обязанности должника и наоборотъ. Таково и мнѣніе Пухты ²⁾.

Теорією Савиньи поэтому мы не можемъ воспользоваться для объясненія древне-классическаго Римскаго права.

Для этой цѣли мы должны обратиться къ правиламъ римскаго права о толкованіи договоровъ; преимущественно же къ правиламъ о толкованіи стипуляціи.

Относительно толкованія стипуляціи въ Римскомъ правѣ было принято слѣдующее начало:

I. 26 de rebus dubiis 34, 5.

Celsus I. XXII Digestorum.

Quum quaeritur in stipulatione quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.

Когда при стипуляціи возникаетъ вопросъ о намѣреніи сторонъ, то сомнѣніе изъясняется не въ пользу кредитора.

¹⁾ Savigny Obligationenrecht. Bd. I. § 2 и § 38.

²⁾ Puchta Vorlesungen. Bd. II, § 219.

Начало это объясняется двояким образом:

а) *Quia stipulatori liberum fuit verba late concipere*, говорить Цельзъ (I. 99 de V. O. 45, 1); формулирование стипуляцій зависѣло отъ стипулятора.

Мотивъ этотъ намъ кажется неосновательнымъ. Формулирование договора, какъ и самый договоръ, обыкновенно есть дѣло обоихъ контрагентовъ.

И въ стипуляціи, хотя содержаніе договора излагается только одною стороною, другая же сторона, повидному, только изъявляетъ свое согласіе, вопросъ, предлагаемый кредиторомъ, особенно если дѣло было болѣе или менѣе сложно, вѣроятно устанавливался предварительно обѣими сторонами. Объ одностороннемъ изложеніи вопроса самимъ кредиторомъ всего менѣе можетъ быть рѣчи относительно позднѣйшаго времени, когда письменная стипуляція все болѣе и болѣе стала вытѣснять изустную.

б) Другое мотивированіе слѣдующее:

I. 47 de O. et A. 44, 7.

Paulus (ex libro XIV, ad Plautium).

Arrianus ait, multum interesse, quaevas, utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur. Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum; ubi de liberationem, ex diverso, ut facilius sis ad liberationem.

Аррианъ говорить, что большая разница, идетъ ли вопросъ о томъ, обявляется ли кто нибудь, или освобождается отъ обязательства. Когда вопросъ идетъ объ обязательствѣ, мы должны склоняться, если представляется случай, къ отрицанію; гдѣ вопросъ идетъ объ освобожденіи отъ обязательства, то, наоборотъ, слѣдуетъ, по возможности, склоняться къ освобожденію.

И такъ толкованіе должно всегда склоняться болѣе на сторону свободы.

Примѣняя приведенное начало толкованія къ стипуляціи съ альтернативнымъ содержаніемъ, мы, по необходимости, придемъ къ извѣстному уже правилу Римскаго права о правѣ выбора.

II. Были ли, спрашивается, римскіе юристы въ правѣ распространить и на все прочія раздѣлительныя обязательства начало о правѣ выбора, выведенное для стипуляцій? Чтобы вѣрно отвѣтить на этотъ вопросъ, мы должны обратиться къ самой *ratio* этого начала. Начало это произошло изъ правила толкованія стипуляцій, по которому, въ случаѣ сомнѣнія, смыслъ ея долженъ былъ рѣшиться въ пользу должника. Это же правило, какъ мы знаемъ, мотивируется различно:

а) Если мотивомъ этого правила было то, что договоръ обыкновенно долженъ быть изъясняемъ противъ того, кто принялъ на себя формулирование его, то правило о томъ, что право выбора предоставляется должнику, не можетъ получить всеобщаго примѣненія, будучи основано на не всегда вѣрномъ предположеніи, что формулирование договора составляетъ задачу кредитора. Тутъ гораздо правильнѣе было бы постановить слѣдующее начало: право выбора принадлежитъ кредитору или должнику, смотри по тому, кто формулировалъ договоръ, должникъ или кредиторъ.

Такое начало было бы по крайней мѣрѣ послѣдовательнымъ, хотя и недостаточнымъ по своей несостоятельности въ тѣхъ случаяхъ, когда несомнѣнно извѣстно, что въ составленіи договора принимали участіе какъ вѣритель, такъ и должникъ.

б) Другое дѣло, если мы обратимся къ другому мотиву, по которому право должно благоприятствовать свободѣ отъ обязательствъ. Мотивъ этотъ вѣренъ относительно всѣхъ обязательственныхъ отношеній, и выведенное изъ него начало можетъ быть примѣнено ко всѣмъ родамъ обязательствъ.

Но можетъ ли оно примѣняться вездѣ также безусловно, какъ и при стипуляціяхъ? Едва ли.

Правило о томъ, что обязательства, въ случаѣ сомнѣнія, должны быть изъяснены въ пользу должника не есть въ сущности правило толкованія.

нія ¹⁾. Примѣняя это правило, судья вовсе не возстановляетъ дѣйствительнаго смысла договора съ помощью извѣстныхъ логическихъ операций, онъ только принимаетъ тотъ или другой смыслъ, ссылаясь на авторитетъ закона. Поэтому, къ этому такъ называемому правилу толкованія слѣдуетъ обращаться только въ крайности.

Стипуляція по существу есть строго формальный договоръ и изъясняется буквально. Тутъ безмолвно заявленное намѣреніе сторонъ не имѣетъ никакого значенія. Важно только прямо высказанное намѣреніе сторонъ. Если поэтому въ стипуляціи умолчано было о правѣ выбора, то судья въ правѣ примѣнить правило о преимуществѣ должника. Тоже самое, конечно, можно сказать съ всѣхъ раздѣлительныхъ обязательствахъ, когда они *stricti juris*.

Другое дѣло, когда передъ нами договоры на вѣру (*bonae fidei*), какъ купли, наемъ и т. д. Тутъ преобладаетъ дѣйствительное намѣреніе сторонъ, а не буква договора ²⁾.

Если поэтому въ раздѣлительномъ договорѣ на вѣру ничего не постановлено относительно права выбора, то прежде всего слѣдуетъ задать себѣ вопросъ: не безмолвно ли, по самому существу данной сдѣлки или по обстоятельствамъ, при которыхъ она состоялась, выборъ предоставленъ былъ кредитору или должнику? Законное же преимущество должника должно имѣть мѣсто только тогда, когда истинны всѣ дѣйствительныя средства толкованія.

Римляне, къ сожалѣнію, поступили иначе. Безусловно предоставляютъ они право выбора должнику, безусловно примѣняютъ они аналогію стипуляціи. Кредитору выборъ долженъ быть предоставленъ *expressis verbis*.

Этимъ римляне нарушаютъ существо договоровъ на вѣру. Общегерманскіе юристы впадаютъ въ ту же самую ошибку, принимая римское начало о выборѣ и утверждая одновременно, что вообще въ области общегерманскаго права всѣ договоры представляютъ собою договоры на вѣру.

¹⁾ Demolombe. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, t. II, 23.

²⁾ I. 219 de V. S. 50 16.

§ 8.

Новѣйшія законодательства.

Большинство новѣйшихъ законодательствъ согласны между собою въ одномъ, относительно субъекта права выбора: въ противоположность Римскому праву времени Юстиніана, они постановляютъ одно и тоже правило, какъ для сдѣлокъ *inter vivos*, такъ и для сдѣлокъ *mortis causa*; какъ при договорахъ, такъ и при отказахъ, они предоставляютъ право выбора должнику.

I.

1. АВСТРІЙСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ПОСТАНОВЛЯЕТЪ:

Allg. bürgerl. Gesetzbuch A. 908. Если обѣщанное исполнимо различными способами, то обязанное лицо вправе сдѣлать выборъ.

A. 656. Если наследодатель, безъ точнаго опредѣленія, отказалъ одну или нѣсколько вещей извѣстнаго рода . . . то наследнику предоставляется выборъ.

Высказанное въ послѣдней статьѣ правило примѣняется также къ раздѣлительнымъ легатамъ.

2. ФРАНЦУЗСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ¹⁾.

Къ сдѣлкамъ между живыми примѣняется положительное опредѣленіе *Code civil*, статьи 1190.

«Выборъ принадлежитъ должнику, если положительно не былъ предоставленъ кредитору».

Это же положеніе, на основаніи статьи 1022, примѣняется къ раздѣлительному отказу.

¹⁾ Palloz s. v. *Obligations* 1320.

«Если будетъ отказана вещь неопредѣленная, наследникъ не обязанъ отдавать вещь наилучшаго качества, но не можетъ предложить и самой худшей».

Эта статья очевидно предполагаетъ право выбора на сторонѣ должника.

И во французскомъ правѣ принято положеніе, что въ случаѣ сомнѣнія договоры должны быть истолкованы въ пользу должника ¹⁾. Но и здѣсь, какъ и въ Римскомъ правѣ, правило о принадлежности должнику права выбора удалилось отъ почвы строго юридическаго толкованія. Право выбора признается за должникомъ не только въ сомнительныхъ случаяхъ, но во всякомъ случаѣ, безразлично,—развѣ выборъ положительно былъ предоставленъ кредитору.

Должнику предоставляется право выбора даже въ такихъ сдѣлкахъ, которыя, по точному опредѣленію закона, должны быть истолкованы противъ должника. Такъ, напримѣръ, въ случаѣ, когда должникомъ является продавецъ.

Статья 1602.

«Неясный или двусмысленный договоръ изъясняется противъ продавца ²⁾».

Французская юриспруденція полагаетъ, что выборъ предоставляется вѣрителю, когда въ договорѣ выражено, что вѣритель можетъ *взять* ту или другую вещь, ибо для того, чтобъ взять, нужно сперва выбрать. И въ этомъ толкованіи, французское право, какъ намъ извѣстно, слѣдовало только римскому образцу ³⁾. Выборъ, напротивъ, не предоставляется вѣрителю, если сказано только, что вѣритель можетъ требовать ту или другую вещь ⁴⁾.

¹⁾ Статья 1162.

²⁾ Demolombe—Traité des contrats ou des obligations conventionnelles I. III. 36599.

³⁾ I. 93. de V. O. 45.

⁴⁾ Dalloz s. v. Obligations № 1320.

3. ПРУССКОЕ ЗЕМСКОЕ ПРАВО.

а. При договорахъ, должнику предоставляется выборъ—на томъ основаніи, что нужно предполагать, что должникъ хотѣлъ обязаться къ самому малому. Изъ этого правила были допущены два исключенія, изъ которыхъ здѣсь считаемъ нужнымъ привести только одно: при куплѣ-продажѣ выборъ предоставляется покупателю ¹⁾. Много ломали голову надъ причиной этого исключенія. По мнѣнію Борнемана, это исключеніе обуславливается сущностью предмета: «цѣль продавца состоятъ въ томъ, чтобъ обратить свой товаръ въ деньги, цѣль покупателя—приобрѣсть *соответствующую его потребности* вещь. Поэтому нужно предположить, если не было условлено противное, что продавецъ предоставилъ покупателю право выбора». Объясненіе Борнемана весьма благовидно, но предполагаетъ въ высшей степени патріархальныя отношенія. Безконечное множество торговыхъ сдѣлокъ заключается вовсе не съ цѣлью удовлетворенія потребности покупателя.

Будучи послѣдовательно проведена, мысль Борнемана, однако, могла бы повести къ слѣдующимъ, можетъ быть, бесполезнымъ положеніямъ:

Если двухсторонняя сдѣлка имѣетъ цѣлью обмѣнъ вещи на деньги, то нужно различать: если сдѣлка торговаго характера, то выборъ предоставляется тому, кто обязался доставить товаръ; если же сдѣлка не торговая, если она должна служить для удовлетворенія чисто личныхъ потребностей, то вѣрителю предоставляется выбирать между различными предметами, которые должны быть отданы.

Вслѣдствіе такого толкованія, нужно было бы распространить постановленіе прусскаго законодательства относительно купли-продажи и на договоръ найма.

¹⁾ Bornemann. Darstellung des preussischen Civilrechts Bd. II. § 183.

²⁾ A. L. R. Theil. II. tit. 2 §§ 992, 993 Theil I. 11,538 Koch. Recht der forderungen Bd. I § 51.

в. Равнымъ образомъ, при раздѣлительномъ отказѣ (*legatum alternativum*) выборъ обыкновенно предоставляется наследнику ¹⁾).

4. САКСОНСКИЙ КОДЕКСЪ

придерживается этой же точки зрѣнія, по крайней мѣрѣ когда дѣло идетъ о сдѣлкахъ между живыми (*inter vivos*).

§ 697. «Если должникъ обязанъ отдать одинъ изъ многихъ предметовъ, то ему предоставляется выборъ между ними».

§ 698. «По особому опредѣленію вѣрителю... можетъ быть предоставленъ выборъ».

Въ случаѣ раздѣлительнаго отказа, хотя выборъ и предоставляется наследнику, но правило это имѣетъ значеніе чисто толковательное.

§ 2493. «При отказѣ, который избирательнымъ образомъ простирается на многіе предметы, въ случаѣ сомнѣнія, предоставляется выборъ лицу обязанному отказомъ».

5. БАВАРСКИЙ ПРОЕКТЪ.

Особенно интереснымъ намъ кажется постановленіе этого проекта. Даваемое здѣсь должнику право выбора формулировано какъ слѣдствіе правила толкованія, по которому договоры, въ сомнительныхъ случаяхъ, должны быть истолкованы въ пользу должника.

А. 250. «При раздѣлительномъ обязательствѣ, право выбора, въ случаѣ сомнѣнія, предоставляется должнику».

Вѣрителю предоставляется право выбора только тогда, когда оно ему положительно выговорено, или если изъ обстоятельствъ видно, что оно было установлено единственно въ его пользу.

6. ГРАЖДАНСКИЕ ЗАКОНЫ НАШИХЪ ОСТЗЕЙСКИХЪ ГУБЕРНІЙ.

Подобно баварскому проекту, постановляютъ:

Ст. 2926. «Когда предметъ требованія составляетъ вещь не замѣняемая, означенная только по ея ряду, то опредѣленіе оной предоставляется, въ случаѣ сомнѣнія, должнику, если только право требо-

¹⁾ Preuss. Landrecht. I, 12 §§ 388. 390. 391.

ванія не было устанвлено завѣщаніемъ. Тоже самое правило наблюдается и тогда, когда требованію подлежить тотъ или другой предметъ».

Гражданскіе законы нашихъ остзейскихъ губерній тѣмъ однакожь отличаются отъ разсмотрѣнныхъ нами выше законодательствъ, что, по примѣру Римскаго права, предоставляютъ право выбора, при раздѣлительномъ отказѣ, не должнику, не наследнику, но вѣрителю, легатарію. Это положеніе, заключающееся собственно уже въ статьѣ 2926, ясно выражено въ ст. 2246:

«Отказъ, сдѣланный безъ точнаго указанія вещи, даетъ легатарію или его наследникамъ, право на свободной выборъ, развѣ бы завѣщатель именно постановилъ противное».

Постановленіе это дополняется статьею 2258.

«Если завѣщатель имѣлъ въ виду одну известную вещь, но выразился такъ неопредѣленно, что нельзя рѣшить, какую именно, то выборъ предоставляется не легатарію, а тому, на комъ лежитъ исполненіе отказа».

И это постановленіе непосредственно заимствованно, какъ мы знаемъ, изъ Римскаго права.

§ 9.

Русское законодательство въ особенности.

Кому предоставляется, по Русскому праву, выборъ въ раздѣлительномъ обязательствѣ?

1. Относительно того случая, когда обязательство возникло вслѣдствіе договора, вопросъ этотъ разсматривался уже Мейеромъ, и въ главныхъ чертахъ рѣшенъ имъ вѣрно.

По образцу римскихъ юристовъ, Мейеръ, для рѣшенія вопроса, обратился къ призванному въ русскомъ законодательствѣ правилу толкованія договоровъ.

По ст. 1539 X т. ч. 1., если всѣ остальные правила недостаточны будутъ къ ясному истолкованію договора, тогда «въ случаѣ равнаго съ обѣихъ сторонъ недоумѣнія, сила его изъясняется болѣе въ пользу

того, кто обязался что либо отдать или исполнить, по тому уваженію, что отъ противной ему стороны зависѣло опредѣлить предметъ обязательства съ большею точностью.

Изъ этого правила Мейеръ вывелъ то заключеніе, что выборъ предоставляется должнику.

Заключеніе это, вообще вѣрно, требуетъ, однако болѣе точнаго опредѣленія и ограниченія.

Право выбора, обыкновенно, должно быть предоставлено должнику но мы не должны забыть, что у насъ правило это еще не отрѣшилось отъ своего корня, еще не сдѣлалось самостоятельнымъ юридическимъ правиломъ, но всегда должно быть чаново выводимо изъ правила толкованія статьи 1539. Посему сфера примѣненія этого правила не можетъ быть большею, чѣмъ допускаетъ статья 1539.

Изложенное правило статьи 1539 примѣняется только тогда, когда всѣ остальные правила толкованія недостаточны, и если сомнѣнія въ пользу вѣрителя и должника одинаковой силы.

Поэтому, и должнику должно быть предоставляемо право выбора только въ случаѣ неразрѣшимаго сомнѣнія.

Прежде всего, для рѣшенія вопроса о субъектѣ права выбора, нужно соображаться съ существомъ и цѣлью договора (ст. 1539 а. в. г.); если затѣмъ по смыслу договора оказывается, что выборъ установленъ былъ въ пользу вѣрителя, то ему предоставляется право выбора.

Это разумѣется само собою, въ случаѣ, если договоръ опредѣлительно предоставляетъ это право вѣрителю.

2. Но какъ поступить въ случаѣ, когда раздѣлительное обязательство установлено духовнымъ завѣщаніемъ?

Должно ли и здѣсь примѣняться правило 1539 статьи?

Этого нельзя допустить по двумъ причинамъ:

Во первыхъ,—рѣшеніемъ Сената постановлено, что правила, установленныя для толкованія договоровъ, не должны примѣняться къ толкованію духовныхъ завѣщаній ¹⁾;

¹⁾ Рѣш. гражд. касс. деп. за 1863 г. № 308

во вторыхъ,—статья 1539 постановляетъ, что договоръ, въ случаѣ сомнѣнія, изъясняется въ пользу должника только по тому уваженію, что вѣритель, если бы хотѣлъ выгодноѣ обставить себя, могъ бы исключить въ договоръ благоприятнѣйшія для себя условія. Это основаніе не примѣнимо къ раздѣлительному отказу; права и обязанности возникаютъ здѣсь не по собственному распоряженію сторонъ, но по волѣ третьяго лица, завѣщателя.

Другое дѣло было бы, еслибъ у насъ господствовало, какъ у Римлянъ, правило, что вообще, въ случаѣ сомнѣнія, толкованіе должно быть въ пользу свободы отъ обязательства. Правило это могло бы быть примѣнено и къ случаю раздѣлительнаго отказа и повело бы къ рѣшенію выгодному для наследника.

Долженъ ли быть предоставленъ выборъ легатарію, вѣрителю? И къ этому мы не имѣемъ рѣшительно никакаго основанія. Наше законодательство не имѣетъ, подобно Юстинианову, особеннаго пристрастія къ легатаріямъ.

Долженъ ли отказъ, по неопредѣленности и неопредѣлимости предмета, оставаться недействительнымъ? Это было бы во всякомъ случаѣ большою несправедливостью. По нашему мнѣнію, можно помочь дѣлу слѣдующимъ образомъ:

Ст. 1084 постановляетъ:

«Духовныя завѣщанія, исполняются: 1) душеприказчиками, и 2) самими наследниками, по волѣ завѣщателя».

Тотъ, кто назначенъ для исполненія воли завѣщателя, долженъ имѣть и средства для осуществленія ея. Если завѣщатель не сдѣлалъ распоряженія о средствахъ къ осуществленію своей воли, то нужно предположить, что онъ хотѣлъ предоставить это свободному усмотрѣнію того, кого онъ назначилъ исполнителемъ своей воли. Послѣдній поэтому уполномоченъ совершать всѣ тѣ юридическія дѣйствія, которыя требуются для исполненія послѣдней воли завѣщателя. Разумѣется, права исполнителя не простираются дальше того, что требуется для исполненія. Если слѣдовательно завѣщатель отказалъ альтернативный легатъ и не сдѣлалъ назначенія о правѣ выбора, то право выбора

предоставляется наследнику или душеприкащику, смотря по тому, кому предоставлено исполнение отказа.

Въ области договорнаго права, обще-русское гражданское право сходится съ остзейскимъ; въ области наследственнаго права, оно приближается къ праву, дѣйствующему въ губерніяхъ Царства Польскаго.

§ 10.

Право выбора, принадлежащее нѣсколькимъ субъектамъ.

РИМСКОЕ ПРАВО.

Какъ поступить въ томъ случаѣ, когда право выбора принадлежит не одному, а нѣсколькимъ лицамъ? Напримѣръ, когда въ обязательствѣ участвуютъ нѣсколько должниковъ или нѣсколько кредиторовъ.

Здѣсь нужно различить слѣдующіе случаи:

A) Обязательство можетъ быть коррeальное. Этотъ случай, по существу своему, не представляетъ никакихъ затрудненій. Тутъ каждый должникъ и каждый кредиторъ является какъ бы единственнымъ должникомъ и какъ бы единственнымъ кредиторомъ. Право выбора, осуществленное однимъ изъ должниковъ или кредиторовъ, обязательно для всѣхъ прочихъ содолжниковъ или сокредиторовъ.

B. Обязательство можетъ быть и не коррeальное. Это преимущественно тотъ случай, который подлежитъ нашему разсмотрѣнію.

Иванъ и Петръ обѣщаютъ Михаилу доставить ему предметъ *a* или предметъ *b*. О коррeальности нѣтъ и рѣчи. Въ этомъ случаѣ, Иванъ обязанъ доставить половину *a* или половину *b*, точно также и Петръ. Обязательство дробится, но изъ-за этого, конечно, кредиторъ не долженъ получить ничего другаго, какъ то, что онъ себѣ выговорилъ. Выговорилъ же онъ себѣ или *a*, или *b*. Поэтому, Иванъ и Петръ, хотя каждый изъ нихъ обязанъ доставить только половину вещи, должны однако вмѣстѣ доставить одну цѣльную вещь.

Иванъ обѣщаетъ Петру и Михаилу предметъ *a* или предметъ *b* съ предоставленіемъ при этомъ выбора кредиторамъ. Условія о коррeальности обязательства нѣтъ. Вслѣдствіе того, Петръ имѣетъ право требовать или половину *a*, или половину *b*, точно также и Михаилъ. Не въ правѣ однакожъ одинъ требовать половину *a*, между тѣмъ, какъ другой требуетъ половину *b*. Это бы значило требовать не то, что обѣщано, *aliud pro alio*. Оба вмѣстѣ имѣютъ они право только на цѣлое *a* или на цѣлое *b*.

Тоже самое имѣетъ мѣсто и тогда, когда умираетъ пользовавшійся правомъ выбора кредиторъ или должникъ раздѣлительнаго обязательства, оставляя по себѣ нѣсколько наследниковъ. Право выбора наследодателя переходитъ къ наследникамъ.

Если имѣющіе право выбора сокредиторы или содолжники согласны въ своемъ выборѣ, то никакого вопроса возникнуть не можетъ. Но какъ поступить въ томъ случаѣ, если между ними нѣтъ такого согласія?

I. Если право выбора принадлежит должнику, то этотъ случай разрѣшается сравнительно просто. Кредиторъ требуетъ отъ каждаго должника въ отдѣльности возмѣщенія убытковъ за невнесенную вещь. Это на первый взглядъ можетъ показаться страннымъ и сомнительнымъ. Должникъ обязанъ доставить кредитору половину *a* или половину *b*. Не обязанъ ли кредиторъ соотвѣтственно этому и формулировать свое требованіе? Это было бы вѣрно, если бы доставленіе половиною *a* или половиною *b* могло быть разсматриваемо какъ дѣйствительное исполненіе обязательства. Этими оно можетъ быть однако только тогда, когда и другой должникъ согласенъ будетъ внести половину того же предмета, какъ первый содолжникъ; но этого-то согласія именно и недостаетъ. Поэтому доставить только половину одной изъ альтернативно обѣщанныхъ вещей и не исполнить вовсе обязательства почти одно и тоже. Кредитору остается только требовать и доказать свои убытки.

II. Если право выбора на сторонѣ вѣрителя, то рѣшеніе этого случая будетъ совершенно другое. Кредиторъ долженъ опредѣлить

предметъ уилаты. Если онъ этого не сдѣлаетъ, то исполненіе обязательства невозможно. Если поэтому кредиторы не достигнуть соглашения насчетъ предмета выбора, то обязательство должно считаться невыполнимымъ, по недостатку опредѣленности. Это строгій, но немолчаливый выводъ.

Юстиніанъ однако помогъ этому злу. Въ l. 3 Codicis VI. 43 онъ постановилъ:

Si duobus vel tribus hominibus vel pluribus forte optio servi vel alterius rei fuerit relicta, vel si uni quidem legatario optio servi vel alterius rei relicta est, ipse autem moriens plures sibi reliquerit heredes, dubitabatur inter veteres, si inter legatarios vel heredes legatarum fuerit certatum, et alter alterum servum vel aliam rem eligere velit, quid sit statuendum. Sancimus itaque, in omnibus hujusmodi casibus rei iudicem fortunam esse, et sortem inter altercantes adhibendam, ut, quem sors praetulerit, is quidem habeat potestatem eligendi, ceteris autem aestimationem praestet contingentium eis partium.

Если двумъ или тремъ лицамъ отказана optio (выборъ) раба или другой вещи, или легатарій умеръ, оставивъ по себѣ нѣсколько наследниковъ, то между древними юристами шель споръ о томъ, какъ разрѣшить тотъ случай, когда легатарій или наследники легатарія не могутъ согласиться на счетъ выбора. Мы постановляемъ поэтому, что во всѣхъ подобнаго рода случаяхъ дѣло должно быть рѣшено жребіемъ, такъ что выборъ долженъ быть учиненъ тѣмъ, въ чью пользу выпадетъ жребіи съ обязательствомъ однакожь удовлетворить остальныхъ стоимостью приходящихся на нихъ долей.

Содержаніе этого постановленія существенно повторено въ § 23 Institutionum 2. 20.

Постановленіе это говоритъ только о случаѣ такъ называемой optio legata, то есть о томъ случаѣ, въ которомъ, по Юстиніанову праву, наследодатель отказалъ кому нибудь одну изъ оставляемыхъ въ наследство вещей, опредѣленно предоставивъ выборъ легатарію.

Но древнему праву выборъ въ optio legata разсматривался какъ

условіе ¹⁾. Условіе это, конечно, должно было быть исполнено точно такъ, какъ было установлено, слѣдовательно, лично самимъ легатаріемъ. Если легатарій не выбралъ предмета отказа, то послѣдній терялъ силу. Выборъ не былъ правомъ, которое могло быть передаваемо по наследству; это былъ фактъ, отъ наступленія или ненаступленія котораго зависѣла дѣйствительность отказа.

Начало это естественно примѣнялось и въ томъ случаѣ, когда optio была предоставлена нѣсколькимъ легатаріямъ; если они не могли согласиться насчетъ выбора, то условіе считалось несбывшимся и optio legata теряла силу.

Этотъ выводъ, какъ мы видимъ изъ постановленія Юстиніана, не оставался однако безъ возраженій. Еще до Юстиніана вѣроятно существовало мнѣніе, протестовавшее противъ подведенія выбора подъ понятіе условія. Органомъ этого мнѣнія сталъ Юстиніанъ.

§ 23 Inst. II, 20.

Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium iusserat, habebat in se conditionem, et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittabat. Sed ex constitutione nostra et hoc ad meliorem statum reformatum est, et data est licentia heredi legatarum optare, licet vivus legatarius hoc non fecit.

Legatum optionis т. е. отказъ, которымъ завѣщатель отказывалъ кому нибудь выборъ между своими рабами или другими вещами, заключалъ въ себѣ условіе, поэтому, если самъ легатарій, еще при жизни, не учинилъ выбора, то отказъ не переходилъ къ его наследнику. Мы однако указомъ измѣнили это къ лучшему, давъ наследнику легатарія право выбора, хотя самъ легатарій и не успѣлъ осуществить свое право выбора.

Только со времени Юстиніана стало возможнымъ, чтобы нѣсколько лицъ пользовались правомъ выбора вѣдствие того, что легатарій умеръ, не осуществивши своего права выбора и передавъ его своимъ наследникамъ.

¹⁾ § 23. Inst. II 20.

Относительно *этого случая* Юстинианъ постановилъ, что если легатаріи между собою несогласны, то вопросъ о томъ, кто долженъ осуществить право выбора, разрѣшается жребіемъ; далѣе Юстинианъ постановилъ, что лицо, осуществившее право выбора, удерживаетъ за собою избранную вещь, удовлетворяя своихъ коллегатаріевъ стоимостью ихъ долей.

Правило, постановленное Юстинианомъ относительно *optio legata*, можно смѣло примѣнять ко всѣмъ случаямъ раздѣлительнаго отказа, въ которыхъ право выбора принадлежитъ легатарію уже въ силу самаго закона. Мало того, правило это можетъ быть распространено на всѣ случаи раздѣлительнаго обязательства вообще, возникшаго *inter vivos*, если только право выбора предоставлено кредитору.

Было бы слишкомъ жестоко наказывать кредиторовъ лишеніемъ ихъ права требованія за то, что они не могли достигъ между собою соглашенія.

Мы не можемъ не коснуться здѣсь еще слѣдующаго вопроса: нельзя ли распространить правило о жребіи и на тотъ случай, когда должникъ несогласенъ между собою относительно выбора? Мы думаемъ, что утвердительный отвѣтъ былъ бы вполне основателенъ. Стоитъ только вспомнить, что позднѣйшее римское процессуальное право и въ области обязательственнаго права допускаетъ исполненіе въ натурѣ, такъ что присужденная кредитору вещь можетъ быть прямо и непосредственно ему передана. Почему же кредитору не воспользоваться этимъ порядкомъ, когда владѣніе самою вещью для него выгодно, чѣмъ полученіе извѣстнаго вознагражденія? Онъ можетъ обратить свой искъ ко всѣмъ своимъ должникамъ одновременно, требуя отъ нихъ всѣхъ вмѣстѣ одну или другую вещь въ цѣлости. Если должники не могутъ согласиться относительно выбора, то избиратель опредѣляется жребіемъ. Выборъ, конечно, долженъ быть обязательенъ для всѣхъ должниковъ. Правда и послѣ того, какъ жребіи гинуть, отъ лица, назначеннаго жребіемъ избирателемъ, зависить, получить ли кредиторъ ту или другую вещь или нѣтъ, потому что если избиратель

не захочетъ осуществить выборъ, то кредитору остается только требовать вознагражденія за вредъ и убытки.

Примѣчаніе. Въ дополненіе вышеизложеннаго мы коснемся въ примѣчаніи отрывка изъ Павла (I. XXIII ad edictum):

I. 25, § 17. familiae ercisc. 10, 2.

Si incerto homine legato, et postea defuncto legatario, aliquis ex heredibus legatarii non consentiendo impediens legatum, is qui impedit, hoc iudicio ceteris, quanti intersit eorum, damnabitur. Idem est si e contrario unus ex heredibus, a quibus generaliter homo legatus est, quem ipsi elegerint, noluerit consentire, ut praestetur, quem solvi omnibus expediebat, et ideo conventi a legatario iudicio pluri damnati fuerint.

И такъ, или легатарій оставилъ нѣсколько наслѣдниковъ, которые не могутъ согласиться относительно предмета требованія; или наслѣдодатель оставилъ нѣсколько наслѣдниковъ, предоставивъ имъ право выбора, и они не могутъ согласиться относительно предмета уплаты.

Въ послѣднемъ случаѣ объясняетъ Павелъ, наслѣдникъ, виновный въ томъ, что выборъ не состоялся, обязанъ вознаградить своихъ сонаслѣдниковъ за понесенныя, вслѣдствіе того, убытки.

Но кто же долженъ считаться виновникомъ несогласія относительно выбора? Это вопросъ неразрѣшимый; нельзя же вмѣнить комунибудь въ вину его самостоятельность. При включенія этого мѣста въ пандекты страннымъ образомъ не обращено вовсе вниманія на законъ Юстиніана, изложенный въ I. 3. Cod. 6, 43, изданный еще въ 531 году.

§ 11.

продолженіе.

Новѣйшія законодательства.

Какъ по новѣйшему Римскому праву, такъ и по современнымъ законодательствамъ, раздѣлительное обязательство не прекращается

вслѣдствіе того, что вѣрители, которымъ принадлежитъ право выбора, не могутъ согласиться на счетъ выбора. Новѣйшія законодательства расходятся только въ томъ, что нѣкоторые изъ нихъ, слѣдуя Юстиніану, постановляютъ, что, въ случаѣ разногласія, жребій рѣшаетъ, кто долженъ учинить выборъ; другіе же выборъ предоставляютъ въ семь случаѣ судѣ.

1. Французскіе юристы колеблются между этими двумя способами. Одни изъ нихъ сторонники жребія, другіе же судейскаго выбора. При этомъ, по мнѣнію ихъ, безразлично, будетъ ли въ данномъ случаѣ нѣсколько вѣрителей или же нѣсколько должниковъ. Впрочемъ, нѣкоторые французскіе ученые выражаютъ взглядъ, что въ случаѣ, если участвуютъ нѣсколько должниковъ, которые не могутъ согласиться на счетъ выбора, каждый изъ нихъ можетъ освободиться отъ долга внесеніемъ суммы равной своей долѣ. Мнѣніе это соотвѣтствуетъ римскому праву и сообразно съ существомъ дѣла; оно, однако, не находитъ одобренія въ большинствѣ французскихъ юристовъ ¹⁾.

2. Прусское Уложеніе не содержитъ никакихъ отношеній сюда опредѣленій, и, вслѣдствіе этого, прусская юриспруденція примыкаетъ къ Римскому праву ²⁾.

3. Австрійскій кодексъ гражданскаго права также не разрѣшаетъ разсматриваемаго случая; рѣшеніе, однако, можетъ быть выведено съ помощью толкованія изъ статьи 659.

Ст. 659 опредѣляетъ именно, что когда легатарій, имѣющій право выбора, умретъ, не произведя выбора, судъ опредѣляетъ предметъ легата ³⁾.

Положеніе это объясняется тѣмъ, что предоставленное легатарію право избрать себѣ вещь есть чисто личное, — вслѣдствіе того,

¹⁾ *Dalloz*, s. v. obligations X 1322.
Toullier, t. 6. № 699.

²⁾ *Koch*, Landrecht. Theil. I. tit. 12 § 394.

³⁾ *Kirchstetter*: Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch.

если выборочное лицо не можетъ по какой либо причинѣ произвести выбора, судъ осуществляетъ его право, выбираетъ вмѣсто него.

Если будетъ нѣсколько выборочныхъ лицъ въ альтернативномъ обязательствѣ, и соглашенія между ними не послѣдуетъ, то очевидно, что этотъ случай соотвѣтствуетъ тому, когда есть только одно выборочное лицо, но оно не можетъ произвести выбора. Поэтому и въ этомъ случаѣ судъ заступитъ мѣсто выборочныхъ лицъ.

Впрочемъ, если толкованіе наше покажется слишкомъ широкимъ относительно того случая, когда въ обязательствѣ участвуетъ нѣсколько должниковъ, то оно несомнѣнно вѣрно относительно случая, когда право выбора принадлежитъ нѣсколькимъ вѣрителямъ.

4. Саксонскій кодексъ содержитъ слѣдующія постановленія:

Ст. 2498. Если лица, которымъ предоставленъ выборъ, или послѣдники имѣющаго право выбора лица, не могутъ придти относительно выбора къ соглашенію, то лицо, которое должно произвести выборъ, опредѣляется посредствомъ жребія.

Правило это, по своей общей формулировкѣ, относится какъ къ должникамъ, такъ и къ вѣрителямъ.

Если лицо, на которое выпалъ жребій, произведетъ выборъ, то предполагается, что послѣдній учиненъ по порученію всѣхъ выборочныхъ участниковъ. Если затѣмъ право выбора принадлежало вѣрителямъ, то избранный предметъ становится общою собственностію всѣхъ выборочныхъ. Таково было относительно послѣдняго вопроса мнѣніе саксонскаго законодателя, какъ можно вывести изъ мотивовъ къ приведенной статьѣ. Въ этомъ отношеніи, какъ мы видимъ, Саксонское право существенно отличается отъ Римскаго. По Римскому праву, лице, на которое выпалъ жребій, дѣлалось исключительнымъ собственникомъ избранной имъ вещи. Оно только было обязано вознаградить другихъ соучастниковъ по соразмѣрности.

Сравнивая эти два взгляда, мы находимъ, что если Римское право практичнѣе, устраняя часто запутанный и затруднительный искъ о раздѣлѣ, то за то Саксонское право гораздо справедливѣе, болѣе проникнуто уваженіемъ къ правамъ частныхъ лицъ.

5. Въ правѣ остзейскихъ губерній находимъ мы слѣдующее постановленіе:

Ст. 2252. Если выборъ принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ и между ними не послѣдуетъ соглашенія, то дѣло рѣшается жребіемъ.

Хотя положеніе это и находится въ отдѣлѣ о легатахъ, но оно примѣнимо и къ альтернативнымъ обязательствамъ, возникшимъ изъ договора. Оно примѣняется какъ въ случаяхъ, гдѣ право выбора принадлежитъ должникамъ, такъ равно и случаяхъ, когда выборъ предоставленъ вѣрителямъ.

Избранная вѣрителемъ, на котораго палъ жребій, вещь, становится вѣроятю, какъ въ Римскомъ правѣ, собственностью избирателя. Постановленіе это объясняется связью остзейскаго права съ Римскимъ. Такъ подъ ст. 2252 находимъ мы ссылку на законъ Юстиніана: *lex ultima C. communia de legatis VI 43.* и повторяющее его мѣсто: § 23 *J. de legatis II. 20.*

6. Какъ рѣшить по Русскому праву рассматриваемый нами случай? Онъ рѣшается чрезвычайно просто, если выборочными лицами являются должники. Тамъ какъ тогда ни одинъ изъ должниковъ не составляетъ предмета обязательства, то каждый изъ нихъ нарушаетъ обязательство и обязанъ вознаградить вѣрителя по соразмѣрности. Вѣритель можетъ потребовать отъ каждаго должника внесенія стоимости его части; но такъ какъ выборъ принадлежитъ должникамъ, то въ основаніе оцѣнки полагается наименѣ дорогая вещь.

Если право выбора принадлежитъ вѣрителямъ, то случай этотъ можно рѣшить двоякимъ образомъ:

Или обязательство, вслѣдствіе несогласія вѣрителей, теряетъ юридическую силу, — положеніе это было бы крайне суровымъ и несправедливымъ.

Или же приходится помочь дѣлу слѣдующей аргументаціей:

Если заимодавецъ въ отсутствіи, или отказывается отъ принятія платежа долга, то платежъ, какъ извѣстно, можетъ быть совершенъ подлежащему судебному мѣсту. Судъ въ этомъ случаѣ заступаетъ мѣсто вѣрителя¹⁾.

¹⁾ 1651 и 1652 ст. I. ч. X т.

Обобщая это правило, мы приходимъ къ слѣдующему положенію: если вѣритель, тѣмъ или другимъ образомъ, дѣлаетъ исполненіе обязательства невозможнымъ, то, чтобы устранить эту невозможность, мѣсто его заступаетъ судъ, и дѣйствуетъ, такъ сказать, отъ его имени.

Примѣненное къ рассматриваемому нами случаю, правило это выразится слѣдующимъ образомъ:

Если нѣсколько выборочныхъ вѣрителей въ альтернативномъ обязательствѣ не могутъ, относительно предмета обязательства, прийти къ соглашенію, то выборъ производится судомъ, заступающимъ ихъ мѣсто.

Судейскій выборъ вообще заслуживаетъ предпочтеніе передъ жребіемъ. Судья гораздо безпристрастнѣе, нежели участники, произведетъ выборъ, принимая въ соображеніе выгоды какъ одной, такъ и другой стороны.

§ 12.

Случай, когда право выбора предоставлено третьему лицу.

I.

Можетъ случиться, что выборъ предмета уплаты предоставленъ третьему лицу.

Тутъ нужно различать два случая:

а. Договорившіяся стороны или завѣщатель положились спеціально на лицо, назначенное избирателемъ, вслѣдствіе особеннаго личнаго довѣрія, или по другимъ причинамъ. Если лицо это не учинитъ выбора, потому ли, что оно не захочетъ, или не будетъ въ состояніи этого сдѣлать (положимъ, оно лишилось разсудка, умерло), то обязательство должно рушиться, по неопредѣленности и неопредѣлимости предмета. Выборъ предмета уплаты, со стороны третьяго лица, имѣетъ тутъ значеніе условія, отъ осуществленія котораго зависитъ дѣйствительность всего обязательства.

б. Но может также быть, что, предоставляя выбор третьему лицу, стороны или завѣщатель руководствовались не столько въ высшей степени личнымъ довѣріемъ къ этому лицу, сколько соображеніемъ, что вообще третье лицо сдѣлаетъ выборъ безпристрастно. Въ такомъ случаѣ, назначенное третье лицо замѣнимо. Если оно не хочетъ или не можетъ выбирать, то обязательство не разрушается; только выборъ долженъ быть сдѣланъ другимъ безпристрастнымъ третьимъ лицомъ. Въ этомъ случаѣ, выборъ третьяго лица не имѣетъ значенія условія.

Но кто именно долженъ быть этимъ безпристрастнымъ третьимъ? Если сами стороны не соглашаются на счетъ выбора или избирателя, то нѣтъ ничего естественнаго, какъ видѣть это некое, безпристрастное третье лицо въ судѣ,—въ лицѣ, которое и безъ того призвано дать свое рѣшеніе при несогласіяхъ сторонъ.

II.

Римляне рано сознали это различіе въ намѣреніи сторонъ. Нѣ они дѣлали различіе между легатами и договорами, а въ области договорнаго права они различали сдѣлки на вѣру и строго формальныя договоры. Мы начнемъ наше изложеніе съ послѣднихъ.

1) Строго формальныя договоры изъяснялись, какъ извѣстно, въ строго-буквальномъ смыслѣ. Поэтому, если въ стипуляціи ближайшее опредѣленіе содержанія договора предоставлено было опредѣленному третьему лицу, то Римляне съ буквальной точностью придерживались этого третьяго лица. Только это лицо лично могло опредѣлять точнѣе содержаніе договора. Если оно этого не дѣлало, стипуляція оставалась недействительною. При стипуляціяхъ, поэтому, предоставленіе выбора третьему лицу имѣло характеръ условія.

l. 43 de V. O 45, 1.

Ulpianus l. L ad Sabinum.

Si quis arbitratus, puta Lucii Titii restitui sibi stipulatus est . . .

Если кто выговорилъ себѣ возвращеніе (чего либо) по усмотрѣнію Люція Титія . . .

l. 44 de V. O. 45. 1.

Paulus l. XII ad Sabinum.

Si omnino non arbitretur, nihil valet stipulatio . . . то стипуляція недействительна, если тотъ не выскажетъ вовсе своего мнѣнія.

l. 141, § 1, de V. O. 45. 1.

Gaius l. II. de verb. obligationibus.

Extranei persona si comprehensa fuerit, veluti hoc modo: utram earum (sc. rerum) Titius elegerit, non aliter stipulator alterutrius pelendae facultatem habet, quam si Titius elegerit. Если въ стипуляцію включено стороннее лицо такимъ образомъ, напримѣръ: которую изъ нихъ (вещей) выберетъ Титій, то кредиторъ не имѣетъ права требовать одну изъ вещей, если Титій не учинилъ выбора.

2. Другое бываетъ при сдѣлкахъ на вѣру. Не долженъ ли здѣсь выборъ, предоставленный стороннему лицу, состояться также по совѣсти и чести, по обычаю хорошихъ людей? Не должно ли стороннее лицо смотрѣть на себя, какъ на *vir bonus*, не долженъ ли онъ считать своею задачею *arbitrium boni viri*? Но въ такомъ случаѣ обязательство не должно терять силу: въ случаѣ если выборъ не состоялся, судья можетъ всегда заступить мѣсто третьяго лица.

Въ договорахъ на вѣру даже дѣйствіе, предоставленное волѣ обязаннаго лица, разсматривалось какъ предоставленное *arbitrio boni viri*.

l. 22, § 1, de Reg. Juris 50, 17.

Ulpianus l. XXVIII ad Sabinum.

Generaliter probandum est, ubi cunque in bonae fidei judiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris ejus conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse. Вообще нужно принять, что въ процессахъ на вѣру, когда условіе поставлено въ зависимость отъ усмотрѣнія хозяина или его повѣреннаго, то усмотрѣніе это должно считаться *arbitrium boni viri*.

Тѣмъ болѣе это должно имѣть мѣсто, въ случаѣ, если точнѣйшее опредѣленіе содержанія договора предоставлено третьему лицу.

I. 76. pro secio.

Proculus libro V. Epistolarum.

Societatem mecum coisti ea conditione, ut Nerva amicus communis partem societatis constitueret; Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse; quaeris, utrum ratum id jure societatis sit, an nihilominus ex aequis partibus socii simus? Existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus, quas is constitueret, an ex his, quas virum bonum constituere oportuisset. Arbitrorum enim genera sunt duo: unum eiusmodi, ut, sive aequum sit, sive iniquum, parere debeamus, quod observatur, quum ex compromisso ad arbitrum itum est; alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.

Ты заключилъ со мною договоръ товарищества съ условіемъ, чтобы нашъ общій другъ Нерва опредѣлялъ доли участія; Нерва постановилъ, чтобы ты былъ участникомъ на одну треть, я на двѣ трети; теперь ты спрашиваешь, согласно ли это съ правилами товарищества, или мы должны быть участниками на равныхъ доляхъ? Я полагаю, что ты спросилъ бы вѣрнѣе, состоямъ ли мы участниками на тѣхъ доляхъ, которыя онъ постановилъ, или на тѣхъ доляхъ, которыя установлены были бы добросовѣстнымъ членомъ? Посредники бываютъ двоякаго рода: такіе, во первыхъ, которымъ слѣдуетъ повиноваться, будь постановленіе ихъ справедливо или несправедливо, такъ наприм., когда стороны по соглашенію обращаются къ третейскому суду; во вторыхъ, такіе, постановленія которыхъ должны соответствовать постановленію добросовѣстнаго членовѣка вообще, хотя бы въ послѣднемъ случаѣ, въ до-

говорѣ посредникомъ назначено было опредѣленное по имени лицо.

I. 78 eod.

Proculus libro V. Epistolarum.

In proposita autem quaestione *arbitrum viri boni existimo sequendum esse eo magis, quod iudicium pro socio bonae fidei est.*

Въ приведенномъ случаѣ, я полагаю, посредничество тѣмъ болѣе слѣдуетъ считать посредничествомъ добросовѣстнаго членовѣка, что дѣла о товариществѣ основаны на вѣрѣ.

I. 79 eod. *)

Paulus libro IV. Quaestionum.

Unde si Nerae arbitrium ita pravam est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.

Поэтому, если рѣшеніе Нервы до того превратно, что оно очевидно содержитъ несправедливость, то оно можетъ быть исправлено судомъ, основывающимся въ подобномъ случаѣ свои рѣшенія на вѣрѣ.

Поэтому, если въ обязательствѣ на вѣру, выборъ между раздѣлительно - обѣщанными предметами предоставленъ третьему лицу, то подобное предоставленіе не должно быть изъяснено въ смыслѣ условія. Bonae fidei iudicium замѣняетъ несостоявшийся выборъ.

3. Отказы разсматривались также, кажется, какъ negotia bonae fidei. Если завѣщатель не придавалъ рѣшенію третьяго лица значенія условія, то рѣшеніе слѣдовало изъяснить въ смыслѣ boni viri arbitrium.

I. 1, § 1, de legatis II (31).

Ulpian. I. IX, ad Sabinum.

(Placet) in testamentis lega- Принято, что предоставленіе

*) Эти правила, однако, не проведены, кажется, совсѣмъ безъ исключеній— ср. I. 25 pr. locati conducti 19, 2.

tum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi. усмотрѣнію другаго, при отказахъ, изъясняется въ смыслѣ boni viri arbitrium.

Это положеніе могло бы быть оспариваемо только относительно такъ называемой *optio legata*, при которой выборъ разсматривался какъ условіе. Юстиніанъ лишилъ выборъ значенія условія, но въ случаѣ, если третій не могъ или не хотѣлъ выбирать, Юстиніанъ предоставилъ право выбора не судѣ, но легатарію, то есть, лицу, которому законъ даетъ уже право выбора въ случаѣ, если въ завѣщаніи не сдѣлано никакихъ на этотъ счетъ распоряженій. Съ этой послѣдней частью постановленія Юстиніана трудно согласиться. Если завѣщатель предоставилъ выборъ третьему лицу, то онъ, во всякомъ случаѣ, хотѣлъ устранить отъ выбора, какъ наследника, такъ и легатарія, въ особенности послѣдняго, какъ призваннаго закономъ къ выбору. Предоставить, несмотря на то, выборъ легатарію, значитъ, поступить прямо наперекоръ волѣ завѣщателя.

Постановленіе Юстиніана мы находимъ въ

I. 3. C. § 1, *communis de legatis VI*, 43.

Sed et si quis optionem servi vel alterius rei reliquerit non ipsi legatario, sed quem Titius forte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere, vel morte fuerit praeventus, et in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit, utrumne legatum expiret, an aliquod ei indicatur adiutrium, ut viri boni arbitrati procedat electio. Censemus itaque, si intra annale tempus ille, qui eligere jussus est, hoc facere supersederit, vel minime potuerit, vel quandocumque Если кто предоставилъ выборъ раба или другой вещи не самому легатарію, но Титію; Титій же не захотѣлъ произвести выбора или умеръ до учиненія выбора, то въ такомъ случаѣ древніе юристы расходились въ мнѣніяхъ, уничтожается ли отказъ или сохраняется въ силѣ чрезъ предоставленіе выбора усмотрѣнію хорошаго человѣка? Посему постановляемъ, что въ случаѣ, если тотъ, кому предоставленъ выборъ, упуститъ учинить его въ

decesserit, ipsi legatario videri esse datam electionem, ita tamen ut non optimum ex servis vel aliis rebus quidquam eligat sed mediae aestimationis, ne, dum legatarium satis esse fovendum existimamus, heredis commoda defraudentur. теченіе года или потому что не могъ, или вслѣдствіе приключившейся смерти, то нужно считать выборъ предоставленнымъ самому легатарію, съ тѣмъ однако, чтобы онъ не выбралъ себѣ наилучшаго изъ рабовъ или вещей, но раба или вещь средняго достоинства, дабы благопріятствуя интересамъ легатарія мы не наносили ущерба выгодамъ наследника.

III.

СОВРЕМЕННЫЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА.

1. Австрійское право только при отказахъ разсматриваетъ случай, когда выборъ предоставленъ третьему лицу. Оно на этотъ выборъ смотритъ какъ на *arbitrium boni viri*. Если третій не хочетъ или не можетъ выбирать, то судъ заступаетъ его мѣсто ¹⁾.

2. Прусское земское право также разсматриваетъ подобный случай при отказахъ. Оно слѣдуетъ положеніямъ Юстиніана о *legatum optionis*, но только по буквѣ, а не по смыслу. И тутъ дѣйствительность легата не обуславливается выборомъ. Въ случаѣ нужды, третій замѣняется какъ и въ Юстиніановомъ правѣ самимъ легатаріемъ; разница только та, что въ Юстиніановомъ правѣ легатаріи имѣетъ законное право выбора, въ Прусскомъ — нѣтъ.

3. Саксонское уложеніе различаетъ:

если сдѣлака заключена *inter vivos*, то примѣняется правило, господствовавшее при римскихъ стипуляціяхъ: выборъ разсматривается какъ условіе. Саксонское законодательство оставило, кажется, безъ

¹⁾ Allg. bürg. Geb. A. 659.

вниманія, что въ современномъ нѣмецкомъ правѣ договоры обыкновенно разсматриваются, какъ договоры на вѣрѣ.

А. 698. Если выборъ предоставленъ извѣстному третьему лицу, то требованіе обусловливается рѣшеніемъ этого третьяго лица и прерастаетъ, въ случаѣ если третій не выбираетъ или если умираетъ, не сдѣлавши выбора.

Если же раздѣлительное обязательство установлено посредствомъ легата, то выборъ третьяго лица не имѣетъ силы условія. Если третій не хочетъ, или не желаетъ выбирать, то выборъ переходитъ къ тому, которому онъ предоставляется закономъ—къ наслѣднику.

Въ отличіе отъ Прусскаго, Саксонскаго законодательство переняло постановленіе Юстиніана о *legatum optiois*, не по буквѣ, но по духу.

А. 2497. Если третій не выбираетъ, то лицо обязанное легатомъ можетъ требовать, чтобы третьему лицу вмѣнено было въ обязанность сдѣлать выборъ въ продолженіе опредѣленнаго, по усмотрѣнію суда, времени, срокомъ не менѣе мѣсяца и въ случаѣ, если въ теченіи назначеннаго срока выборъ не состоится, то право выбора переходитъ къ лицу, обязанному легатомъ.

4. Гессенскій проектъ также смотритъ на выборъ третьяго лица, какъ на условіе, только при сдѣлкахъ между живыми. При отказахъ же, онъ, въ отличіе отъ Саксонскаго уложенія, предоставляетъ выборъ суду ¹⁾.

5. Болѣе соответствующимъ природѣ вещей намъ кажется опредѣленіе баварскаго проекта.

А. 262. Если выборъ предоставляется третьему лицу, то послѣдній самъ долженъ учинить выборъ.

Если онъ отказывается отъ выбора или умираетъ прежде, нежели онъ его произвелъ, то судъ заступаетъ его мѣсто. Но если выборъ третьяго лица былъ поставленъ условіемъ существованія самаго обязательства, то послѣднее въ означенныхъ случаяхъ становится не действительнымъ.

Вполнѣ соответствуетъ духу современнаго права, что баварскій проектъ въ принципѣ смотритъ на всѣ договоры, какъ на договоры

¹⁾ Hess. entwurf A. 31 V. d. Verbindlichkeiten.
A. 143 V. letzten Willen.

на вѣру и, въ слѣдствіе этого, выбору третьяго придаетъ значеніе *arbitrium boni vi ri*.

Согласно съ сущностью предмета, и то, что намѣренію сторонъ не придается слишкомъ сильное значеніе условія, и что третій замѣняется судомъ.

Взглядъ баварскаго проекта на отказъ раздѣлительнаго содержанія намъ неизвѣстенъ. Мы не имѣемъ подъ рукою проекта законовъ наслѣдованія и не знаемъ даже, вышелъ ли онъ въ свѣтъ.

6. Въ гражданскихъ законахъ нашихъ остзейскихъ губерній приняты слѣдующія два положенія:

а) Для сдѣлокъ между живыми:

Статья 2925. Если предметъ требованія заключается въ вещахъ замѣнимыхъ, безъ точнѣйшаго указанія ихъ количества или качества, то сдѣлка, не смотря на сіе, признается дѣйствительною, коль скоро, закономъ или частнымъ распоряженіемъ, опредѣленіе означеннаго предмета предоставлено справедливому усмотрѣнію третьяго лица, или суда, или же вообще для такого опредѣленія имѣются вѣрныя данныя. Но если то третье лицо, которому поручено такое опредѣленіе, съ своей стороны не пожелаетъ или не будетъ имѣть возможности принять сего на себя, то сдѣлка признается не дѣйствительною.

б) Для легатовъ:

Статья 2250. Если выборъ предоставленъ въ завѣщаніи кому либо постороннему, а сей послѣдній не захочетъ или будетъ поставленъ въ невозможность оный сдѣлать, или не произведетъ его въ теченіе года, то вмѣсто его выбираетъ легатарій, который однако въ такомъ случаѣ, при могущемъ возникнуть сомнѣніи, не въ правѣ оставить за собою лучшую вещь.

Послѣ всего вышесказаннаго, эти постановленія не требуютъ разъясненій. Только при договорахъ между живыми (*inter vivos*) выборъ третьяго разсматривается какъ условіе. Къ легатамъ примѣняется вышеприведенное положеніе Юстиніана.

7. Что касается Французскаго права и гражданскихъ законовъ губерній Царства Польскаго, то ни *Code Napoleon*, ни французское правовѣденіе не говорятъ о разсмотрѣнномъ здѣсь нами случаѣ.

IV.

Какъ слѣдуетъ поступить по Русскому праву, если выборъ въ раздѣлительномъ обязательствѣ предоставленъ рѣшенію опредѣленнаго, третьяго лица?

Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, мы должны обратиться къ основнымъ положеніямъ, установленнымъ нашимъ законодательствомъ для изъясненія договоровъ.

По статьѣ 1538, X т. ч. I, при исполненіи, договоры должны быть изъясняемы по словесному ихъ смыслу.

По статьѣ 1539, если словесный смыслъ представляетъ важныя сомнѣнія, тогда договоры должны быть изъясняемы по намѣренію ихъ и доброй совѣсти.

По разъясненіямъ Гражданскаго Кассационнаго Департамента, договоръ долженъ быть изъясненъ или по словесному его смыслу, или по намѣренію и доброй совѣсти, по намѣренію и доброй совѣсти, однакоже, въ томъ лишь случаѣ, когда словесный смыслъ представляетъ важныя сомнѣнія. Но оба эти способа толкованія не могутъ быть одновременно примѣняемы къ одному и тому же договору. Рѣшен. Гражд. Касс. деп. 1867 г. № 221, 1869 г. № 137, 1870 г. № 138.

Такимъ образомъ, по нашему законодательству, прежде всего обращается вниманіе при договорахъ на буквю, на словесный смыслъ. Великій договоръ разсматривается прежде всего, какъ сдѣлка строгаго права. Поэтому и относительно Русскаго законодательства, мы приходимъ къ тому же выводу, котораго держались римляне при стипуляціяхъ: выборъ предмета долженъ считаться условіемъ.

Но какъ поступить, если раздѣлительное обязательство основано на завѣщаніи? Относительно изъясненія духовныхъ завѣщаній наши гражданскіе законы не дѣлаютъ никакихъ постановленій. Аналогическое примѣненіе правилъ, установленныхъ для договоровъ, по мнѣнію Сената, не должно быть допускаемо. (Рѣш. Гражд. Касс. деп. 1868 г.

№ 308). Поэтому остается выжидать, какъ выработаются правила толкованія въ судебной практикѣ.

Если въ практикѣ возьметъ верхъ буква, то выборъ со стороны третьяго лица долженъ имѣть силу условія. Если же, напротивъ, начнетъ преобладать толкованіе по духу, то выборъ третьяго лица будетъ изъясненъ какъ *boni viri arbitrium*.

РАЗДѢЛЬ II.

ОБЪ ОСУЩЕСТВЛЕНІИ ПРАВА ВЫБОРА И ТАКЪ НАЗЫВАЕМОМЪ
jus variandi.

§ 1.

Общія соображенія.

Хотя раздѣлительное обязательство и исполняется какъ простое, но не должно забывать, что установлено оно въ видѣ обязательства раздѣлительнаго. Это основное положеніе мы должны всегда имѣть въ виду, для правильнаго разрѣшенія вопросовъ, съ которыми мы встрѣтимся ниже.

Предметъ уплаты (*in concreto*) опредѣляется обыкновенно выборомъ должника или кредитора. Какимъ образомъ осуществляется право выбора?

Обыкновенно право выбора осуществляется совершеніемъ вноса со стороны должника и принятіемъ его со стороны вѣрителя. Если обязательство исполнено, то право выбора, разумѣется, прекращено: имѣющій право выбора должникъ не вправе потребовать назадъ доставленную вещь, и вмѣсто ея доставить другую, альтернативно обѣщанную, и такимъ же точно образомъ, имѣющій право выбора кредиторъ, не можетъ потребовать другаго предмета, если одинъ уже имъ выбранъ и полученъ.

Прекращение права выбора вследствие исполнения обязательства не имеет самостоятельного характера. Исполнением превращается само раздѣлительное обязательство и послѣ сего право выбора не имеет конечно никакого смысла.

Изложенныя правила имѣютъ значеніе тогда только, когда въ первоначальномъ договорѣ не было никакихъ постановленій на счетъ осуществленія права выбора. Если же стороны, при заключеніи договора, опредѣлили способъ осуществленія, то выполняется договоръ, такъ какъ нѣтъ никакого основанія ограничивать въ этомъ отношеніи волю сторонъ.

Если въ первоначальномъ договорѣ постановлено, что одностороннее изъявленіе воли должника объ избраніи имъ предмета сосредоточиваетъ обязательство на этомъ предметѣ, — то постановленіе это имѣетъ для сторонъ обязательную силу. Вслѣдствіе разъ сдѣланнаго заявленія должника, обязательство дѣлается простымъ, и принадлежащее должнику право выбора превращается. Поэтому желаніе должника измѣнить свой выборъ было бы равносильно желанію его платить одно вмѣсто другаго, *aliud pro alio*, или самовольно освободиться отъ принятаго имъ обязательства. Первоначальный договоръ содержитъ, нѣкоторымъ образомъ, напередъ данное согласіе кредитора на будущее заявленіе должника. Точно такимъ же образомъ должны мы разрѣшить случаи, когда сосредоточеніе обязательства на одномъ предметѣ, при самомъ установленіи обязательства, поставлено въ зависимость отъ выбора и заявленія вѣрителя.

Равное значеніе съ первоначальнымъ имѣетъ и послѣдующій договоръ. Послѣдующимъ соглашеніемъ сторонъ раздѣлительное обязательство можетъ быть сосредоточено на одномъ предметѣ, и, такимъ образомъ, прекращено самое право выбора.

Спрашивается теперь, — и вопросъ этотъ составляетъ предметъ горячихъ споровъ въ настоящее время, — можетъ ли одностороннее изъявленіе воли имѣющаго право выбора лица, сосредоточить раздѣлительное обязательство на одномъ указанномъ имъ предметѣ, если не было предварительнаго объ этомъ соглашенія сторонъ?

Вопросъ этотъ, по нашему мнѣнію, долженъ быть разрѣшенъ отрицательно, по слѣдующей причинѣ: нельзя предоставить произволу одного изъ контрагентовъ, измѣнять природу и содержаніе заключеннаго договора, — договоръ можетъ быть только измѣненъ другимъ договоромъ.

Кромѣ того, если право выбора принадлежитъ должнику, то измѣненіе обязательства, упрощеніе его, можетъ имѣть вредныя послѣдствія не только для него, но и для вѣрителя. Если мы одностороннему заявленію должника, о выборѣ имъ одного изъ указанныхъ предметовъ, придадимъ силу сосредоточить обязательство на этомъ предметѣ, то этимъ предоставимъ должнику не только отказаться отъ своего права выбора, но и стѣснить права своего противника. Альтернатива доставляетъ выгоды не только одному должнику, который, при выборѣ предмета уплаты, можетъ воспользоваться большею или меньшею рыночною цѣною предметовъ во время исполненія обязательства; она выгодна и для вѣрителя, представляя ему гарантію изъ случай уничтоженія одного изъ предметовъ, такъ какъ если одинъ изъ предметовъ погибнетъ, обязательство сосредоточивается на другомъ оставшемся предметѣ. Съ того момента, когда обязательство ограничено однимъ предметомъ, должникъ не можетъ, правда, воспользоваться шансами курса, но и вѣритель теряетъ большую часть своей гарантіи.

Понятно, поэтому, что уже и по этимъ соображеніямъ нельзя предоставить должнику право, произвольно, одностороннимъ изъявленіемъ воли, измѣнять сущность обязательства, дѣлать его одночленнымъ.

Совершенно иначе представляется дѣло, если право выбора предоставлено вѣрителю. Одностороннее заявленіе вѣрителя, объ избраніи имъ того или другаго предмета, имѣетъ исключительно характеръ отреченія вѣрителя отъ принадлежащаго ему права. Сосредоточеніе обязательства на одномъ предметѣ выгодно должнику своею опредѣленностью и невыгодно только для вѣрителя, увеличивая его рискъ.

De lege ferenda поэтому можно бы установить положеніе: заявленіе вѣрителя о выборѣ имѣетъ, въ отношеніи къ нему, обязательную силу.

Соображения эти, однако, не устраняют того начала, что природа и содержание установленнаго разъ обязательства могутъ быть измѣнены только договоромъ.

Возможно было бы, пожалуй, еще и слѣдующее правило: должникъ, который заявилъ о своемъ выборѣ, связанъ этимъ заявленіемъ, но обязательство не сосредоточивается на избранномъ предметѣ. Тогда бы вѣритель могъ или предъявить альтернативное требованіе или потребовать избраннаго должникомъ предметъ. Должникъ терялъ бы здѣсь выгоды выбора, не лишая вѣрителя той гарантіи, которую ему даетъ альтернатива.

Но и это положеніе, полагаемъ, привело бы къ признанію начала, что существующее обязательство можетъ быть измѣняемо простыми заявленіями сторонъ—и должно быть поэтому отвергнуто. Это положеніе должно быть отвергнуто и потому еще, что оно было бы въ высшей степени несправедливо въ матеріальномъ отношеніи. Трудно предположить, чтобы должникъ отрекался отъ своего права, безъ всякаго возмездія со стороны кредитора. Объявляя, который изъ означенныхъ предметовъ онъ обязуется доставить, должникъ надѣется, что только этотъ предметъ и будетъ потребованъ вѣрителемъ—другими словами, должникъ связываетъ себя, въ надеждѣ, что и вѣритель будетъ связанъ. Изложенное положеніе разрывало бы соединенные элементы воли: обязывало бы должника, повидимому, согласно его волѣ, въ сущности же противъ его воли.

Хотя мы, исходя изъ общихъ началъ, и отвергли положеніе, что одностороннимъ заявленіемъ сосредоточивается раздѣлительное обязательство на одномъ предметѣ, тѣмъ не менѣе мы не можемъ не признать, что это имѣетъ свои дурныя практическія послѣдствія. Если не имѣющей права выбора контрагентъ извѣщенъ о волѣ выборочнаго контрагента, то онъ, надѣясь на то, что выборъ останется въ силѣ, «можетъ въ виду этого усмотрѣть свои дѣла такъ или иначе, и дозволенная переѣма выбора обманываетъ его справедливыя ожиданія»¹⁾.

¹⁾ Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Baiern, kritisch beleuchtet von I. I. Lang. Heft II, p. 150.

Впрочемъ, если одностороннее заявленіе имѣющаго право выбора контрагента, и не можетъ измѣнить существа обязательства, обратитъ его въ простое, то оно можетъ породить для выборочнаго контрагента обязанность вознаградить противную сторону за причиненный имъ вредъ. Противная сторона, вслѣдствіе заявленія избирателя, могла сдѣлать затраты, приготовленія, которыя, при переѣмѣ намѣренія послѣдняго, сдѣлались ненужными; въ этомъ случаѣ она можетъ потребовать отъ него вознагражденія понесенныхъ убытковъ, совершенно такъ, какъ можетъ потребовать вознагражденія убытковъ тотъ, который, вслѣдствіе односторонняго, публичнаго, впоследствии взятаго назадъ, обѣщанія, сдѣлалъ извѣстныя затраты¹⁾.

Изложивъ эти общія соображенія, обратимся теперь къ относящимся сюда опредѣленіямъ римскихъ источниковъ; опредѣленія эти распадутся на двѣ группы: 1-я обнимаетъ собою случаи, въ которыхъ должникъ имѣетъ право выбора; 2-я группа рассматриваетъ случаи, въ которыхъ это право принадлежитъ вѣрителю.

§ 2.

Римское право.

ОСУЩЕСТВЛЕНІЕ ПРАВА ВЫБОРА ДОЛЖНИКОМЪ.

Здѣсь, прежде всего, мы рассмотримъ слѣдующее мѣсто источниковъ:

l. 138. § 1. de V. O. 45. 1.

Venuleius l. IV stipul.

Quum pure stipulatus sum, illud Если я безусловно estipулировалъ
aut illud dari, licebit tibi quoties доставленіе того или другаго, то
velles, mutare voluntatem in eo, воленъ ты переѣмать свое намѣ-

¹⁾ Windscheid—Pandekten II. § 255.

quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest.

рение, сколько хочешь, относительно того, что ты должен совершить, такъ какъ есть разница между положительною и подразумеваемою волею.

Приведенное нами мѣсто дополняется слѣдующимъ:

l. 106. de V. O. 45. 1.
Javolenus l. VI epistol.

si ex pluribus fundis, quibus id nomen impositum fuerat, unum solum sine ulla nota demonstrationis stipuletur, incertum stipulatur, id est, eum fundum stipulatur, quem promissor dare voluerit; tamdiu autem voluntas promissoris in pendentem est, quamdiu id, quod promissum est, solvatur.

Кто изъ нѣсколькихъ недвижимостей, имѣющихъ одно и тоже названіе, estipулируетъ себя одну вообще, безъ великаго болѣе точнаго обозначенія, тотъ estipулируетъ предметъ неопредѣленный, т. е., ту недвижимость, которую угодно будетъ обѣщавшему дать ему, воля же обѣщавшаго лица считается не установившеюся до тѣхъ поръ, пока не наступитъ совершеніе обѣщаннаго.

Приведенныя мѣста относятся исключительно къ estipуляціямъ съ альтернативнымъ содержаніемъ. Не разсматривая, насколько примѣнны вообще высказанныя здѣсь правила, мы постараемся сгруппировать ихъ.

1. Если въ estipуляціи выражено соглашеніе сторонъ о способѣ осуществленія права выбора, то примѣняется здѣсь выраженная въ договорѣ воля сторонъ. *Diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest.*

2. Если же объ осуществленіи права выбора нѣтъ постановленія въ estipуляціи, то право выбора должника осуществляется производствомъ уплаты. *Voluntas promissoris in pendentem est, quamdiu id quod promissum est, solvatur.*

3. До уплаты должникъ не связанъ никакимъ заявленіемъ, — онъ можетъ во всякое время перемѣнить свой выборъ *Licebit tibi quoties voles mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis.*

Совершенію вноса равносильно впрочемъ и предложеніе его со стороны должника, имѣющаго право выбора. Если вѣритель отвергаетъ предложенную должникомъ вещь, то тогда слѣдуетъ поступить такъ, какъ еслибы должникъ обязанъ былъ доставить только предложенный предметъ, — гибель послѣдняго освобождаетъ должника отъ обязательства.

l. 105. de Verb. Obl. 45. 1.
Javolenus l. II. epistolarum.

Stipulatus sum, Damam aut Erotam servum dari; quum Dama dares, ego, quominus acciperem, in mora fui; mortuus est Dama, an putas, me ex stipulatu actionem habere? Respondit, secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse; nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id, quod debebat, solveret, continuo eum debito liberari.

Я estipулировалъ себя раба Дамаса или Эрота. Когда ты мнѣ предлагалъ дать Дамаса я впаль въ просрочку, не принялъ его. Умираетъ Дамасъ, полагаешь ли ты, что я имѣю изъ estipуляціи право иска? — Онъ отвѣчалъ: я думаю, слѣдуя мнѣнію Мазурія Сабина, что ты не можешь предъявить иска изъ estipуляціи, такъ какъ Сабинъ совершенно справедливо полагалъ, что должникъ немедленно освобождается отъ обязательства, коль скоро замедленіе въ совершеніи того, что онъ долженъ, произошло не по его винѣ.

§ 3.

продолженіе.

Относящіяся къ estipуляціямъ правила дополняются постановленіями о легатахъ, которыя съ своей стороны были бы недостаточны, не будучи дополненными правилами о estipуляціяхъ.

Трактуюція о legataхъ мѣста источниковъ слѣдующія:

I. 84 § 9 de legatis I. (30).

Julianus I. XXXIII, Digestor.

Stichum, aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato; si dixerit heres, Stichum se velle dare, Stichum mortuo liberabitur; *quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit.*

«Наслѣдникъ мой долженъ дать Тицію Стиха или Памфила, котораго онъ пожелаетъ. Если наслѣдникъ скажетъ, что онъ хочетъ дать Стиха, то, въ случаѣ смерти послѣдняго, онъ освобождается отъ обязательства; если же наслѣдникъ разъ сказалъ, котораго дать желаетъ, то не можетъ переменить своего рѣшенія.

Въ настоящемъ случаѣ наслѣдодатель альтернативно завѣщаетъ Тицію одного изъ двухъ рабовъ. Отказъ былъ, какъ это видно изъ употребленныхъ выраженій, *legatum per damnationem*, слѣдовательно легатъ, устанавливающій строгое обязательство наслѣдника къ легатарію. Выборъ, уже и безъ того принадлежащій наслѣднику, предоставленъ ему еще *expressis verbis*. Если наслѣдникъ заявилъ, котораго изъ двухъ рабовъ онъ хочетъ дать легатарію, то онъ не можетъ переменить своего выбора. Заявленіемъ наслѣдника обязательство его дѣлается простымъ, вѣдѣтвѣ чего наслѣдникъ освобождается вполнѣ отъ обязательства, если избранная вещь погибаетъ. Еслибъ въ данномъ случаѣ обязательство не дѣлалось простымъ, то оно переходило бы на другой альтернативный предметъ, и сосредоточивалось бы на немъ.

Приведенное нами мѣсто подтверждается другимъ мѣстомъ объ отказахъ, въ которомъ Помпоній присоединяется къ мнѣнію Юліана.

I. 11. § 1. de leg. II. (31).

Pomponius I. VII. ex Plautio.

Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio Stichum или Памфила, кото-

dato, dum, utrum velit dare, eo die, quo testamentum meum recitatum erit, dicat . . . Si dixerit, se Stichum dare velle, Stichum mortuo liberari eum. . . *Quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit; et ita et Juliano placuit.*

раго онъ пожелаетъ, если заявитъ въ день открытія моего духовнаго завѣщанія, котораго онъ хочетъ дать . . . Если же наслѣдникъ заявилъ, что желаетъ дать Стиха, и Стихъ умеръ, то онъ освобожденъ отъ обязательства . . . Если же наслѣдникъ разъ сказалъ, котораго онъ хочетъ дать, то онъ не можетъ переменить своего рѣшенія, какъ думаетъ и Юліанъ.

(Приведенный Помпоніемъ случай не много разнится отъ разсматриваемаго Юліаномъ).

Разсмотрѣвши внимательно приведенные въ источникахъ случаи, мы можемъ вывести слѣдующія положенія:

1. Если при назначеніи отказа, которымъ на наслѣдника возлагается обязательство, будетъ предоставлено наслѣднику право выбора, которое уже и безъ таковаго предоставленія ему принадлежитъ, то послѣднее осуществляется простымъ изъясненіемъ воли наслѣдника.

2. Этими изъясненіемъ прекращается право выбора, и обязательство дѣлается простымъ. Измѣнять сдѣланный разъ выборъ не дозволяется.

Положенія, касающіяся легатовъ, существенно разнятся отъ положеній о стипуляціяхъ. Они однако не противорѣчатъ другъ другу, такъ какъ сферы ихъ примѣненія существенно различны. Между тѣмъ какъ мѣста, относящіяся къ стипуляціямъ, разсматриваютъ только случаи, когда въ договорѣ ничего не говорится о правѣ выбора и его осуществленіи, мѣста, трактующія объ отказѣ, разсматриваютъ случаи, гдѣ существующее уже само по себѣ право выбора признается положительнымъ образомъ.

Установленное посредствомъ договора обязательство, по существу своему, однородно съ обязательствами, установленными духовнымъ завѣщаніемъ. Поэтому мы безпрепятственно можемъ правила объ од-

нихъ, пополнить правилами постановленными для другихъ, и наоборотъ. Отсюда слѣдуетъ:

а) При установлении обязательства посредствомъ отказа, въ которомъ нѣтъ никакого постановленія о правѣ выбора наследника, послѣдній осуществляетъ свое право исполненіемъ обязательства. До момента уплаты онъ можетъ переменять свое рѣшеніе, совершенно также, какъ и должникъ при *pignus* установленной стипуляціи съ альтернативнымъ содержаніемъ (*jus variandi*).

б) Если въ стипуляціи предоставлено должнику особымъ опредѣленіемъ право выбора, то послѣднее прекращается заявленіемъ должника объ учиненномъ выборѣ, и обязательство дѣлается простымъ.

§ 4.

продолженіе.

Что выборъ, въ большей части случаевъ, окончательно осуществляется только исполненіемъ обязательства, видѣли мы до сихъ поръ при стипуляціяхъ и *legatum per damnationem*, т. е. при обязательствахъ съ строго-формальнымъ характеромъ. Тѣже правила, и слѣдовательно и тоже право мѣнять свой выборъ, *jus variandi*, находимъ мы въ договорахъ *bonae fidei*. Чрезвычайно замѣательное и поучительное примѣненіе *jus variandi* находимъ мы въ

l. 21, § 6. de actionibus empti et venditi. 19, 1.

Paulus l. XXXIII ad edictum.

Qui domum vendebat, excepit sibi habitationem, donec viveret, aut in singulos annos decem, emptor primo anno maluit decem praestare, secundo anno habitationem praestare; Trebatius ait, *mulundae voluntate*. Продавщикъ договорилъ себѣ пожизненную квартиру въ домѣ, или ежегодную уплату десяти. Покупщикъ заплатилъ первый годъ десять, на второй доставилъ квартиру. Требатій говоритъ, что онъ

tatis potestatem eum habere, singulis annis alterutrum praestare и каждый годъ доставлять другое, *posse et quamdiu paratus sit alterutrum praestare, petitionem non esse*. и продавецъ дома не вправе требовать исключительно одного.

Приведенный случай можетъ быть понимаемъ различно, и отъ пониманія его зависитъ толкованіе его за или противъ *jus variandi*.

Мы можемъ видѣть въ данномъ случаѣ не одно, въ продолженіи многихъ лѣтъ существующее, обязательство, но цѣлый рядъ самостоятельныхъ, каждый годъ вновь возникающихъ, обязательствъ. Годъ отъ году происходитъ новое обязательство и каждый годъ возобновляется возможность альтернативы, выбора. Возобновляющійся каждый годъ актъ выбора должны мы представить себѣ тутъ также самостоятельнымъ, какъ и обязательства, родъ исполненія которыхъ имъ опредѣляется. При подобномъ взглядѣ, конечно, нельзя вывести *jus variandi* изъ приведеннаго мѣста.

Но можно видѣть въ данномъ случаѣ только одно раздѣлительное обязательство. Тогда, безспорно, ежегодная переменна способа исполненія этого обязательства представляетъ дѣйствительную переменную волю, есть дѣйствительно примѣненіе права перемены выбора.

Который изъ двухъ этихъ взглядовъ правильный? Нѣкоторые юристы ¹⁾ придерживаются перваго взгляда, не утруждая себя впрочемъ приведеніемъ хоть какихъ-либо научныхъ доказательствъ. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что, слѣдуя признаннымъ римскимъ правовымъ началамъ, мы должны признать второй взглядъ единственно правильнымъ. Неизвѣстность продолжительности жизни продавца дѣлаетъ обязательство покупателя въ высшей степени неопредѣленнымъ. Обязательство это есть *obligatio incerta*, обязательство же касающееся *incertum edicto*, хотя бы оно и обнимало собою нѣсколько дѣйствій ²⁾.

¹⁾ Demelius: Zeitschrift für Civilrecht und Process. N. Folge bd. XV. p. 53.

²⁾ Puchta: Pandekten § 223. Сравни также l. 16 § 10. D. De Verb. Obl. stipulatio hujusmodi: in annos singulos, una est et incerta.

Для подтвержденія приведенныхъ доводовъ, что *jus variandi* имѣеть мѣсто и въ *obligationes bonae fidei*, мы можемъ привести еще слѣдующее мѣсто источниковъ:

l. 34 § 6 de contrah. emt. 18. 1.

Paulus I. XXXIII ad edictum.

Si emtio ita facta fuerit: est Si договоръ купли былъ заключенъ такимъ образомъ: купилъ мною Стихъ или Памфилъ, *in potestate est venditoris quem velit dare, sicut in stipulationibus.* то продавецъ можетъ дать того изъ нихъ, котораго пожелаетъ онъ, *точно такъ, какъ въ стипуляціяхъ.*

Если сравненіе съ стипуляціей обнимаетъ права выбора вообще, то оно обнимаетъ и право переменнаго выбора (*jus variandi*).

§ 5.

ПРОДОЛЖЕНІЕ.

Интересное примѣненіе права переменнаго выбора находимъ мы въ слѣдующемъ мѣстѣ источниковъ:

l. 9. § 3. de fundo dotali 23. 5.

Africanus I. VIII Quaestionum.

Si marito, debitori fundi id, quod debet, doti mulier promiserit, dotalem fundum effici. Если жена обѣщала дать въ приданое недвижимое имѣніе, которое ей долженъ ея мужъ, то имѣніе дѣлается дотальнымъ.

§ 1. Quodsi ei promittat qui fundum aut decem debuit, in arbitrio esse mariti, quod in dote sit. § 1. Если же она обѣщала въ приданое лицу, которое должно ей недвижимое имѣніе, это имѣніе или десять, то отъ воли мужа будетъ зависѣть признать приданнымъ тотъ или другой предметъ.

§ 2. Quodsi Stichum aut fundum debuit maritus et quod debet doti ei promissum sit, Sticho mortuo, fundum in dote esse.

§ 2. Если мужъ долженъ Стиха или недвижимость, и то что онъ долженъ обѣщано въ приданое, то въ случаѣ смерти Стиха, недвижимость поступаетъ въ приданое.

§ 3. His consequens esse ait, ut si Cornelianum aut Sempronianum fundum debenti id quod debet doti promissum sit, utrum eorum dotalem esse malit, hunc dotis esse, plane utrum velit alienaturum, alterum alienari non posse, si tamen alienum rursus redimat, adhuc in ejus potestate est, an eum quem retinisset alienare velit.

§ 3. Соответственно съ этимъ, говоритъ юристъ, когда тому, который долженъ Семпроніановское или Корнеліановское имѣніе, обѣщано въ приданое то, что онъ долженъ, то предметомъ приданого будетъ то имѣніе, которое онъ захочетъ; онъ можетъ продать одно изъ нихъ, тогда другое имѣніе не можетъ быть продано, но если онъ проданное купить обратно, то онъ можетъ продать прежде удержанное имѣніе.

l. 10.

Paulus I. V. Quaestionum.

.... erit ergo potestas legis ambulatoria... Numquid ergo illo nondum redempto alterum quoque alienare possit, quia potest alterum redimere, an hoc non debet recipi, ut nullus in dote sit? Certe ex postfacto vedebitur recte alienatus, illo postea redempto.

l. 10. Поэтому воля закона будетъ переменчива... Можетъ ли онъ также продать удержанное имѣніе, пока другое имѣніе еще обратно не куплено, потому что онъ имѣеть возможность это сдѣлать? или онъ этого сдѣлать не вправе, потому что моглобы не быть въ приданомъ ни одного имѣнія? Безъ сомнѣнія, въ виду послѣдующаго выкупа другаго имѣнія, должны мы признавать предшествовавшую продажу законною.

Для вѣрнаго уразумѣнія приведенныхъ мѣстъ, мы должны вспомнить, что *lex Julia* было запрещено продавать дotalную недвижимость. Въ данномъ случаѣ мужъ долженъ былъ имѣніе Семпроніевое или Корнеліевое, и ему, какъ должнику, принадлежало право выбора. И вотъ ему обѣщанъ его долгъ въ видѣ приданого. Обязательство мужа возратить приданое будетъ также альтернативнымъ,—и ему же и тутъ будетъ принадлежать право выбора. Право это, по общимъ правиламъ, должно оставаться въ силѣ до дѣйствительнаго выполненія обязательства. Такъ оно и есть. Какая недвижимость должна быть признана дotalною, это зависитъ, по мнѣнію Африкана, отъ мужа. Незвѣстность о томъ, какой предметъ дѣйствительно выбранъ, дѣлаетъ невозможнымъ и примѣненіе *lex Julia de fundo dotali*.—*Erit potestas legis ambulatoria*.—Такъ какъ мужу принадлежитъ право выбора, то онъ можетъ продать одну изъ назначенныхъ въ приданое недвижимостей. Становится ли тогда другая недвижимость окончательно *fundus dotalis*? Вовсе нѣтъ. Допустивъ это, мы отняли бы у должника принадлежащее ему право выбора. Недвижимость, остающаяся во владѣніи мужа, будетъ считаться дotalною до тѣхъ поръ, пока у мужа нѣтъ другой недвижимости; въ моментъ обратнаго пріобрѣтенія послѣдней, возвращается опять свобода выбора. Мужъ можетъ продать оставшееся въ его владѣніи имѣніе. Дальше Африкана идетъ Павелъ (*Paulus*) въ приведенномъ нами мѣстѣ (I. 10). По его мнѣнію, мужъ имѣетъ право продать послѣ первой и вторую недвижимость, если только онъ впоследствии пріобрѣтетъ первоначально проданную; въ случаѣ первой узаконится продажа второй.—Рѣшеніе Павла въ высшей степени опасное. Оно далеко отступаетъ отъ древняго римскаго правила, что законность или незаконность юридическаго дѣйствія опредѣляется по моменту его происхожденія.

Не слѣдуетъ однако думать, что мнѣнія Африкана и Павла приняты всеми римскими юристами. Мнѣнія эти основаны на томъ предположеніи, что предметомъ обязательства будетъ то, что дѣйствительно будетъ отдано впоследствии должникомъ; до времени же упла-

ты, ни одна изъ указанныхъ вещей не составляетъ уже предмета обязательства, а слѣдовательно и предмета приданого.

Исходя изъ противоположнаго воззрѣнія, должно придти къ другому заключенію: если обѣ вещи составляютъ предметъ обязательства, то обѣ будутъ и предметомъ приданого, до тѣхъ поръ, пока одна изъ нихъ не будетъ доставлена кредитору, и другая не будетъ этимъ освобождена. Рѣшеніе въ этомъ смыслѣ находимъ мы у Юліана, котораго въ нашемъ ученіи обыкновенно придерживается мнѣніе Африкана и Павла; но въ этомъ случаѣ разрѣшаетъ вопросъ иначе.

l. 5, § 2, qui et a quibus 40, 9.

Julianus l. LXIV Digestorum.

Si Titius nihil amplius in bonis, Если Титій, имѣя только Стиха и Памфила, обѣщавъ ихъ Мевію, quam Stichum et Pamphilum habeat, eosque stipulanti Maevio ita promiserit: Stichum aut Pamphilum dare spondes? deinde, quum alium creditorem non haberet, Stichum manumiserit, libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur; quamvis enim fuit in potestate Titii, ut Pamphilum daret, tamen quamdiu eum non dederit, quia interim mori possit, non sine fraude stipulatoris Stichum manumisit. Quodsi solum Pamphilum dari promisit, non dubitarem, quin Stichus ad libertatem perveniret, quamvis similiter Pamphilus mori possit; multum enim interest, contineatur ipsa stipulatione is, qui manumittitur, an extra obligationem sit. Nam et qui ob aureos quinque

и Памфила, обѣщавъ ихъ Мевію, который estipulировалъ такимъ образомъ: обѣщавъ ли ты дать Стиха или Памфила? и потомъ, не имѣя другихъ вѣрителей, отпустишь ли волю Стиха, то это отпущеніе на волю по закону *Aelia Sentia* признается недѣйствительнымъ. Хотя и было во власти Титія отдать Памфила, но пока онъ его не отдалъ (такъ какъ послѣдній, т. е. Памфилъ можетъ въ это время умереть) онъ не можетъ отпустить на волю Стиха, не нанося уцербъ estipулятору. Если бы онъ обѣщавъ дать одного Памфила, то я не усомнился бы въ дѣйствительности отпущенія Стиха, хотя Памфилъ можетъ умереть, потому что большая разни-

Stichum et Pamphilum pignori dederit, quum uterque eorum quinum aureorum sit, neuter manumitti potest; at si Stichum solum pignori dederit, Pamphilum non videtur in fraudem creditoris manumittere.

ца, влюченъ ли тотъ, котораго отпускаютъ на волю, въ стипуляцію или нѣтъ. Такъ, если кто либо въ обезпеченіе 5 золотыхъ заложитъ Стиха и Памфила, то хотя каждый изъ нихъ и стоилъ 5 золотыхъ, ни одинъ не можетъ быть отпущенъ на волю: но когда заложень одинъ Стихъ, то должникъ вправѣ, не принося тѣмъ вреда вѣрителю, отпустить на волю Памфила.

Для уразумѣнія этого мѣста необходимо объяснить, что по опредѣленію lex Aelia Sentia считаются недействительными отпущенія на волю, дѣлаемые въ ущербъ вѣрителя. (Собственно говоря lex Aelia Sentia запрещала отчужденія, но отпущенія на волю, по существу своему, равняются отчужденію).

Въ приведенномъ мѣстѣ Юліанъ высказываетъ соображеніе, что альтернативное обязательство имѣетъ цѣлью отраженіе и обезпеченіе вѣрителя, такъ какъ одна вещь, въ случаѣ ея уничтоженія, замѣняется другою, — и поэтому онъ разрѣшилъ такимъ образомъ приведенный нами случай; мы увѣрены, что точно также разрѣшилъ бы Юліанъ и случай, разсматриваемый Африганомъ. Замѣчательно, какъ Юліанъ мотивируетъ свое рѣшеніе.

Онъ сравниваетъ случай раздѣлительнаго обязательства съ случаемъ, когда два предмета совокупно заложены въ обезпеченіе одного обязательства. И такъ альтернативное отношеніе сравнено съ кумулятивнымъ.

Сказанное о раздѣлительныхъ обязательствахъ, возникшихъ изъ договора и духовнаго завѣщанія, относится и къ раздѣлительнымъ обя-

зательствамъ, установленнымъ другимъ способомъ. Правила о jus variandi не продуктъ случая или произвола; они вытекаютъ изъ самой сущности предмета и должны быть примѣняемы по аналогіи. Вездѣ въ альтернативныхъ обязательствахъ право выбора осуществляется безповоротно только дѣйствительнымъ исполненіемъ обязательства, оставаясь до этого времени переменчивымъ.

§ 6.

Осуществленіе права выбора вѣрителемъ.

Случай, въ которомъ выборъ принадлежитъ вѣрителю, подробно разсмотрѣнъ въ слѣдующемъ мѣстѣ источниковъ.

l. 112. De Verb. obl. (45, 1.)

Pomponius l. XV ad Quintum Mucium.

Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet, quem elegerit, petet, it is erit solus in obligatione; an autem mutare voluntatem possit, et ad alterius petitionem transire, quaerentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit: quem voluero, an: quem volam; nam si talis fuerit: quem voluero, quum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit; si vero tractum habeat sermo illius, et sit talis: quem volam, donec iudicium dicet, mutandi potestatem habebit.

Если кто либо стипулировалъ Стиха или Памфила, котораго изъ нихъ онъ захочетъ, то онъ можетъ потребовать того изъ нихъ, котораго выбралъ, и этотъ одинъ и будетъ тогда предметомъ обязательства. Сравнивается: дозволено ли ему измѣнить свое намѣреніе и потребовать другаго? Это зависитъ отъ словъ стипуляціи, гласятъ ли они: котораго я буду хотѣть или котораго я захочу; если сказано: котораго я захочу, то онъ не можетъ, если уже разъ выбралъ, переменить свою волю; если же сказано: котораго я буду хотѣть, то онъ можетъ до начала процесса (*iudicium*) переимѣнить свой выборъ.

Юристъ разсматриваетъ здѣсь вопросъ, будетъ ли имѣющій право выбора связанъ предъявленіемъ иска на одинъ изъ предметовъ, на которые простирается обязательство. Отвѣтъ, не выходя за предѣлы стипуляціи, разсматриваетъ не одно только предъявленіе иска. Для правильного рѣшенія вопроса нужно принять во вниманіе, полагаетъ юристъ, поставленъ ли въ стипуляціи выборъ предмета вѣрителемъ въ зависимость отъ высказаннаго когда либо рѣшенія послѣдняго или нѣтъ? Въ первомъ случаѣ, выборъ этотъ обязательенъ, все равно объявляется ли онъ въ формѣ предъявленія иска или въ другой формѣ, — *quam semel elegerit mutare voluntatem non poterit*; — во второмъ случаѣ, вѣригель не можетъ переменить выбора только тогда, когда онъ довелъ процессъ до *litiscontestatio*, т. е. до момента, въ которомъ по Римскому праву прежнее обязательство, посредствомъ процессуальнаго обновленія, превращается въ другое (*ante litem contestatam dare reum oportere, post litem contestatam condemnari oportere* ¹⁾).

Взглядъ нашъ подтверждается:

I. 66. De procuratoribus et defensoribus (3, 3).

Papinianus l. IX Quaestionum.

Si is, qui Stichum vel Damam, utrum eorum ipse vellet, stipulatus est, et ratum habeat, quod alterum procuratorio nomine Titius petit, facit, ut res in iudicium deducta videatur, et stipulationem consumit.

Если тотъ, который стипулировалъ Стиха или Дамаса, котораго изъ нихъ онъ самъ пожелаетъ, послѣдующимъ согласіемъ узаконитъ тотъ фактъ, что Титій въ видѣ уполномоченнаго предъявилъ искъ на одинъ изъ альтернативно-объщанныхъ работъ, то дѣло считается перенесшимъ въ *iudicium*, и стипуляція погашается.

¹⁾ Известно, что въ Римскомъ правѣ въ этой формѣ выработалось начало, что доведенный до извѣстнаго момента искъ не могъ быть предъявляемъ вторично. Keller. Römischer Civilprocess, § 60.

Выраженіе *utrum ipse vellet*, какъ *imperfectum*, вполне соответствуетъ *futurum simplex* «*utrum ipse volet*». И при употребленіи *imperfectum* можно сказать: *tractum habet sermo*. Поэтому и въ стипуляціи, которую I. 66 имѣетъ въ виду, было дано вѣрителю право выбора соединенное съ *jus variandi*. Только начатіемъ иска о какомъ либо изъ альтернативно-объщанныхъ предметовъ и *litis contestatione* погашается какъ стипуляція, такъ, разумѣется, вмѣстѣ съ нею, и право выбора ¹⁾).

Хотя, приведенное нами мѣсто относится исключительно къ стипуляціямъ, высказанныя въ нихъ правила однакоже должны имѣть значеніе вообще для всѣхъ раздѣлительныхъ обязательствъ, въ которыхъ право выбора предоставлено вѣрителю, какаго бы ни были источникъ ихъ происхожденія, — какъ для *obligationes bonae fidei*, такъ и для *obligationes stricti juris*, для обязательствъ возникающихъ *mortis causa* и устанавлиющихся *inter vivos*.

Оправданіе для такого распространенія началъ мы находимъ въ обычаѣ римскихъ писателей, излагать общіе принципы облигаціоннаго права въ примѣненіи къ стипуляціямъ; еще болѣе же, въ самой сущности предмета. — Правила, вытекающія изъ истолкованныхъ нами мѣстъ источниковъ, слѣдующія:

1. Если въ договорѣ сдѣлано было постановленіе на счетъ права выбора вѣрителя и способа его осуществленія, то исполняется постановленное въ договорѣ.

2. Если вѣрителю предоставлено право выбора вообще, то онъ пользуется этимъ правомъ до дѣйствительнаго исполненія обязательства, —

¹⁾ Ср. также I. 26 § 6. De pactis (2. 14).

Такое же сопоставленіе *futurum simplex* и *futurum exactum* находимъ мы въ *Senatusconsultum Tertullianum*. (Ср. I. 6. D. Ad *Senatusconsultum Tertullianum*).

Различіе, *futurum simplex* и *futurum exactum* разъяснено отлично Куяциемъ: *Volam; voluerim; verbum volam est extensivum in futurum, voluero non item, voluero significat semel, volam identidem; hoc voluntatis mutationem admittit, illud non item.* (ad l. 27 de Verb. Obl).

до этого времени вѣритель имѣетъ право, отказаться отъ заявленнаго выбора, хотя бы это заявленіе выразилось начатіемъ иска, (если процессъ не дошелъ до *litis contestatio*).

Lex 112 de V. O. предполагаетъ, что вѣритель при начатіи иска заявилъ свой выборъ, предъявляя искъ на одинъ изъ альтернативныхъ предметовъ. Это не необходимо. Источники упоминаютъ только о правѣ, а не объ обязанности вѣрителя, имѣющаго право выбора, предъявлять искъ опредѣленно на одинъ изъ подлежащихъ выбору предметовъ ¹⁾.

Если выборъ принадлежитъ должнику, то вѣритель *долженъ* предъявлять искъ альтернативный, если же выборъ принадлежитъ вѣрителю, — онъ *можетъ* исать альтернативно. Если искъ предъявленъ альтернативный, то и послѣ начатія процесса право выбора вѣрителя не прекращается, ни *litis contestatione*, ни даже судебнымъ рѣшеніемъ, — такъ какъ процессуальное обязательство также альтернативно, какъ и первоначальное. Въ этомъ случаѣ право выбора вѣрителя продолжается, само собою, до исполненія обязательства. Поэтому вышеформулированныя правила можемъ дополнить слѣдующимъ:

3. Даже процессъ, въ какомъ бы періодѣ онъ ни находился, не прерываетъ права выбора вѣрителя, если искъ предъявленъ альтернативно.

§ 7.

Упрощеніе обязательства посредствомъ договора сторонъ.

Не только исполненіемъ обязательства или одностороннимъ изъясненіемъ воли лица, пользующагося правомъ выбора, въ случаяхъ, въ договорѣ упомянутыхъ, опредѣляется предметъ вноса. Соглашеніе обо-

¹⁾ *I. 75. § 8 de V. O. (45. 1). quum liceat ei vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere.*

ихъ контрагентовъ можетъ также сосредоточить обязательство на одномъ предметѣ, упростить его; такъ:

1. Посредствомъ договора о невзысканіи, *factum de non petendo*.

I. 27, § 6. de pactis 2, 14.

Paulus lib. III ad Edictum.

Sed si stipulatus decem aut Stichum, de decem pactus sim, et petam Stichum aut decem, exceptio nem pacti conventi in totum obstatutam; nam ut solutione, et petitione, et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto petenda interposito, totam obligationem summoveri. Sed si id actum inter nos sit, ne decem mihi, sed Stichus praestetur, possum efficaciter de Sticho agere nulla exceptione opponenda. Idem est, et si de Sticho non petendo convenerit.

Если я стипулировалъ десять или Стиха, и, заключивъ условіе не взыскивать десяти, предъявляю искъ на Стиха или на десять, *exceptio pacti conventi* распространяется на все обязательство, ибо, какъ посредствомъ уплаты, судебного требованія и *acceptilatio* одной вещи погашается все обязательство, такъ и условіемъ о невзысканіи одной вещи устраняется все обязательство. Но если въ намѣреніи нашемъ было доставленіе Стиха, а не десяти, то очевидно, что я могу потребовать Стиха, не опасаясь отвода. То же самое будетъ и тогда, если заключено условіе о невзысканіи Стиха.

Договоръ о невзысканіи можетъ быть истолкованъ различно. Обыкновенно, говорятъ Павелъ, принимается, что освобожденіе должника простирается на все обязательство, но могло имѣться въ виду и упрощеніе обязательства. Первое предположеніе—правило, второе—исключеніе.

Въ этомъ дѣлѣ играетъ важную роль вопросъ, какаго мы придерживаемся взгляда на раздѣлительное обязательство вообще.

При взглядѣ, что въ раздѣлительномъ обязательствѣ есть *одна* только неопредѣленный объектъ, именно тотъ предметъ, который вы-

береть сторона, пользующаяся правомъ выбора, необходимо приходимъ къ заключенію, что, относящееся къ одному изъ находящихся въ обязательствѣ предметовъ, освобожденіе (*liberatio*) погашаетъ все обязательство: освобожденіе должно касаться предмета долга, предметовъ же долга всего одинъ. Съ этой точки зрѣнія, мнѣніе Павла совершенно правильно. Только въ видѣ исключенія можно предположить, что цѣлю *liberatio* было исключеніе изъ договора одного изъ предметовъ альтернативы.

Но если мы того воззрѣнія, что объектомъ раздѣлительнаго обязательства служатъ всѣ обѣщанія въ немъ вещи, то мы придемъ къ противоположному заключенію. Освобожденіе, относящееся къ одному изъ предметовъ альтернативнаго обязательства, имѣетъ тогда послѣдствіемъ исключеніе этого предмета изъ обязательства и развѣ въ рѣдкихъ случаяхъ, — прекращеніе всего обязательства.

2. *Посредствомъ constitutum.*

1. 25, pr. de pecunia constituta (13, 5).

Papinian. lib. VIII. Quaest.

Illud, aut illud debuit et constituit alterum; an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est. Dixi, non esse audientium, si velit hodie fidem constitutae rei frangere.

Нѣкто долженъ одно или другое, и обѣцалъ уплатить одно изъ нихъ; спрашивается, можетъ ли онъ уплатить другое, необѣщанное. Я сказалъ, что не должно быть допущено, въ настоящее время, такое нарушеніе даннаго слова.

Подъ *constitutum*, разумѣется въ Римскомъ правѣ договоръ, которымъ безусловно или съ оговорками обѣщается исполненіе существующаго обязательства. Обѣщаніе это сопровождается самостоятельнымъ правомъ иска.

Извлеченное изъ сочиненія Папиняна мнѣніе должно считаться вѣрнымъ, какова бы ни была наша исходная точка.

Приверженцы одного взгляда могутъ сказать: только предметъ обязательства можетъ быть обѣщанъ; слѣдовательно, обѣщанный предметъ одинъ и есть предметъ обязательства.

Приверженцы другого взгляда скажутъ: такъ какъ *constitutum* должно быть соблюдено, то обязательство сосредоточивается на одномъ предметѣ, объектѣ новаго обязательства, совершенно также, какъ при обновленіи долговаго обязательства, т. е. при погашеніи первоначальнаго обязательства новымъ.

3. *Посредствомъ acceptilatio.* Объ *acceptilatio* см. слѣдующій параграфъ.

§ 8.

Частичное исполненіе обязательства, какъ средство осуществленія права выбора.

Какое значеніе относительно выбора имѣетъ частичный платежъ? Должникъ доставилъ, напримѣръ, часть одного изъ альтернативныхъ предметовъ, которую вѣритель принялъ. Должно ли видѣть тутъ соглашеніе вѣрителя и должника погасить долгъ доставленіемъ того предмета, котораго часть уже доставлена, т. е. безмолвное *constitutum*, сосредоточивающее обязательство на одномъ предметѣ? Въ источникахъ находимъ объ этомъ слѣдующее мѣсто, которое мы впоследствии разсмотримъ подробнѣе.

1. 26. § 13. De conditione indebiti 12. 6.

Ulpian. lib. XXVI. ad Ed.

Si decem, aut Stichum stipulatus, solvam quinque, quaeritur an possim condicere? Quaestio ex hoc decendit, an liberer in quinque; nam si liberor, cessat conditio, si non liberor, erit conditio. Placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicesimo Digestorum scripsit, non perimi partem

Еслибъ я, обѣщавъ десять или Стиха, уплатилъ пять, то спрашивается: могу ли кондицировать эти пять? Вопросъ вытекаетъ изъ другаго, освобожденъ ли я уплатою пяти, соответственно этой суммѣ? такъ какъ, если я освобожденъ, то *conditio* не имѣетъ мѣста, если же нѣтъ, то *conditio*

dimidiam obligationis ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque, aut Stichum, et si praestiterit residua quinque, videri eum et in priora debita solvisse; si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita. Sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita, an indebita solverentur.

может быть принесена. Принято, однакожь, какъ пишутъ Цельзий въ 6 книгѣ и Марцелль въ 20-й книгѣ Дигестъ, что половина обязательства не уничтожена. Поэтому остается неизвѣстнымъ, будетъ ли заплатившій пять освобожденъ отъ обязательства. Можно требовать съ него остальныхъ пяти или Стиха. Если онъ заплатитъ остальные пять, то и прежде внесенная сумма считается уплатою: если онъ доставитъ Стиха, то можетъ кондицировать пять, какъ уплаченныя безъ основанія. Такимъ образомъ послѣдующая уплата выясняетъ, были ли первоначальные пять уплачены въ погашеніе долга или нѣтъ.

И такъ, вообще, частичная уплата не упрощаетъ раздѣлительнаго обязательства: вслѣдствіе того, *ius variandi*, право переменнаго выбора, продолжается безусловно, до полного выполненія предмета обязательства.

Правило это справедливо, если въ обязательствѣ участвуютъ два должника или два вѣрителя. Въ такомъ случаѣ, оба должника вмѣстѣ должны доставить одинъ или другой предметъ, слѣдовательно одинъ цѣлый предметъ. Нельзя допустить, чтобы одинъ доставилъ часть одного предмета, а другой часть другого предмета. Съ другой стороны, оба вѣрителя имѣютъ право на одинъ или на другой предметъ, слѣдовательно на одинъ цѣлый предметъ. Вносъ части одного изъ предметовъ со стороны должника, пользующагося правомъ выбора, и принятіе ея вѣрителемъ, не могутъ обратить обязательство въ простое, такъ какъ выборъ, сдѣланный однимъ должникомъ,

необязателенъ для другаго должника. Точно также обязательство не становится простымъ, вслѣдствіе принятія части вещи имѣющимъ право выбора вѣрителемъ, такъ какъ выборъ одного вѣрителя не можетъ обязывать другаго.

Но когда въ обязательствѣ напротивъ одинъ только должникъ и одинъ кредиторъ, такъ справедливо предположить, что состоялся между кредиторомъ и должникомъ *constitutum*, что нужно удивляться, какъ мнѣнія Ульпіана, Цельза и Марцелла не нашли противниковъ.

Мы не находимъ ни малѣйшихъ слѣдовъ полемики по этому вопросу. Что однако мнѣніе Ульпіана было оспариваемо, хотя и въ другомъ отношеніи, мы убѣждаемся изъ слѣдующаго мѣста.

l. 17. D. de acceptatione 46. 4.

Julian. lib. LIV. Dig.

Qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit, partem stipulationis perimit, et petere quinque aut partem hominis potest.

Кто стипулировалъ раба или десяти, уничтожаетъ часть стипуляціи если пять исключаетъ изъ обязательства посредствомъ *acceptilatio*, послѣ чего онъ можетъ потребовать только пять или часть раба.

Мѣсто это разсматриваетъ вопросъ, какое вліяніе имѣетъ на раздѣлительное обязательство частичная *acceptilatio*.

Acceptilatio Римскаго права есть, такъ сказать, торжественная квитанція, т. е. формальное признаніе въ полученіи должнаго предмета. Она была извѣстнымъ отвѣтомъ на извѣстный вопросъ — *habesne acceptum? habeo*,—и имѣла одинаковую съ уплатой силу, (*solutionis exemplo acceptilatio solet liberare* ¹⁾). Гай называетъ даже *acceptilatio imaginaria solutio* ²⁾.

Поэтому, при частичной *acceptilatio*, т. е. при извѣствіи части одного изъ альтернативныхъ объектовъ, возникаютъ тѣже вопросы, какъ и при частичной уплатѣ.

¹⁾ l. 5. de acceptil. 46. 4.

²⁾ Gaius III. 169. 170.

По нашему мнѣнію, *assertilatio*, направленная на часть одного изъ альтернативныхъ объектовъ, должна была бы, по справедливости, сосредоточить обязательство на этомъ объектѣ. Но и относительно *assertilatio*, мнѣніе это также мало подтверждается источниками, какъ и относительно уплаты.

По крайней мѣрѣ, вопросы о частичной *assertilatio* должны бы быть разрѣшены также, какъ и вопросы о частичномъ платежѣ. Но и въ этомъ отношеніи источники говорятъ противное.

Частичная уплата не имѣетъ дѣйствіемъ своимъ частичное освобождение отъ обязательства. Между тѣмъ, по мнѣнію Юліана, частичная *assertilatio* погашаетъ часть альтернативнаго обязательства. Кроме того, такъ какъ *assertilatio* не измѣняетъ сущности раздѣлительнаго обязательства, то обязательство это сохраняетъ альтернативное содержаніе, оставаясь обращеннымъ или на остальную часть одного предмета, или на соответствующую часть другаго предмета.

Мы находимъ мнѣніе Юліана несомнѣтельнымъ: оно противорѣчитъ существованію раздѣлительнаго обязательства, въ которомъ значеніе альтернативы состоитъ именно въ томъ, что одинъ предметъ исключаетъ другой.

При сходствѣ *assertilatio* съ уплатой, кажется вѣроятнымъ, что Юліанъ на частичную уплату смотрѣлъ также, какъ и на частичную *assertilatio*. Поэтому, вѣроятно, что значеніе частичной уплаты давно уже было предметомъ спора: это то, что именно мы имѣли въ виду, указывая на *l. 17 de assertilat. 46, 4.*

§ 9.

Цѣлесообразность права перемѣны выбора (*jus variandi*).

Въ послѣднее время, право перемѣны выбора (*jus variandi*) послужило предметомъ сильныхъ нападокъ со стороны человека, пользующагося въ наукѣ большимъ авторитетомъ, со стороны Игеринга ¹⁾. По

¹⁾ *Jhering Jahrb. f. Dogmatik* bd. I, p. 30 ff.

его мнѣнію, *jus variandi* есть не болѣе какъ продуктъ мелочнаго и придирчиваго грамматическаго толкованія.

«Если право выбора, говоритъ онъ, прямо поставлено въ зависимость отъ воли лица (*utrum volet*), то выраженіемъ этой воли погашается оно; (*l. 84, § 9, de legatis I*); поэтому и дѣлается невозможною перемѣна произведеннаго выбора. Если же стипуляція выражалась такъ: *illud aut illud dare*, то строго грамматическое толкованіе, употребительное, какъ извѣстно, при стипуляціяхъ, должно привести къ заключенію, вложенному въ *l. 136, § 1. de V. O. (45, 1): licebit tibi quoties voles mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest*. Съ точки зрѣнія римской теоріи стипуляцій, это воззрѣніе было совершенно правильно и не такъ опасно, потому что въ Римѣ всякій зналъ, какъ строго истолковывались стипуляціи и потому могъ принять свои мѣры предосторожности.»

Мнѣніе Игеринга неправильно. Мы повторимъ еще разъ высказанное нами. *Jus variandi* вытекаетъ изъ сущности предмета. Обязательство, установленное въ видѣ раздѣлительнаго, не можетъ вслѣдствіе односторонняго заявленія одного изъ контрагентовъ претерпѣвать измѣненія, столь важныя какъ въ юридическомъ, такъ и въ экономическомъ отношеніи. Не формулы породили *jus variandi*, но послѣднее вызвало формулы. Эти формулы, правда, специально-римскія, поэтому толкованіе ихъ выдавать за *ratio scripta*, или возводить въ положенія общаго права (*des gemeinen rechts*) анахронизмъ; поэтому и Пухта ¹⁾ не правъ, когда онъ выводитъ слѣдующее правило: если выборъ поставленъ въ зависимость отъ воли, то онъ происходитъ посредствомъ заявленія этой воли.

Совсѣмъ иначе представляется вопросъ о цѣлесообразности. Тутъ Игерингъ вполне правъ, объявляя *jus variandi* правомъ непрактичнымъ и доказывая это слѣдующимъ образомъ:

«Предположимъ, говоритъ онъ, что завѣщатель отказалъ кому ни-

¹⁾ *Pandekten*, § 221.

будь домъ X, въ которомъ онъ жилъ, или капиталъ въ 10,000 талеровъ. Легатарій объявляетъ наслѣднику, что онъ хочетъ имѣть домъ. Наслѣдникъ покупаетъ за высокую цѣну домъ; но когда онъ предлагаетъ его легатарію, послѣдній вмѣняетъ свой выборъ, ссылаясь на l. 138, § 1, de V. O. (45, 1).

«Другой примѣръ: должникъ обязанъ доставить известную сумму денегъ или значительное количество товаровъ. Выборъ принадлежитъ ему. Онъ объявляетъ, что онъ доставитъ товаръ. Вѣритель дѣлаетъ всѣ нужныя приготовления, заключаетъ контракты о транспортѣ, продажѣ и проч., и затѣмъ должникъ беретъ свое заявленіе назадъ.»

Иерингъ могъ бы еще сослаться на истолкованное нами мѣсто: l. 21, § 6, (19, 1). Продавецъ дома выговорилъ себѣ у покупателя пожизненную квартиру въ домѣ или уплату ежегодно 10-ти. Тутъ покупатель вправе избрать, каждый годъ, тотъ или другой родъ исполненія.

«Il faut convenir, говоритъ издатель Pothier, Buguet ¹⁾, que cette faculté, laissée à l'acheteur de varier à son gré est exorbitante; voilà des déménagements successifs et périodiques qui probablement n'étaient pas dans l'intention des parties.»

Понятно, поэтому, что въ юридическомъ мірѣ современной Германіи обнаруживается стремленіе отменить римское jus variandi и установить правило, что заявленіемъ лица, пользующагося правомъ выбора, раздѣлительное обязательство упрощается. Движеніе въ этомъ смыслѣ замѣтно въ новыхъ нѣмецкихъ законодательствахъ, какъ мы увидимъ ниже. Этимъ объясняется также, что въ повѣннее время явились въ Германіи ученые, которые старались jus variandi вытѣснить изъ Римскаго права посредствомъ толкованія и разныхъ, часто очень слабыхъ, аргументацій; они не понимали глубокаго коренящагося основанія jus variandi.

Чтобы доказать, что и въ Римскомъ правѣ jus variandi не имѣло

¹⁾ Oeuvres de Pothier anotées par M. Buguet. t. II. Traité des obligations A. 6. note 4.

мѣста, Синтеиусъ приписываетъ Венулею ребяческое изреченіе, истолковывая приведенное нами мѣсто l. 138. § 1. de V. O. (45 1.)— quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest,— слѣдующимъ образомъ: «какъ бы страннымъ это ни казалось, говорить онъ, эти слова выражаютъ, что исключительно обязуетъ *заявленная* воля сторонъ, которая и не можетъ быть измѣнена ¹⁾».

Демелій ²⁾ надѣется по крайней мѣрѣ obligationes bonae fidei ограждать отъ jus variandi. Онъ утверждаетъ, что источники не содержатъ ни одного указанія на существованіе jus variandi при obligationes bonae fidei. Приведенныя нами мѣста достаточно опровергаютъ это мнѣніе. Не болѣе вѣски и общіе доводы этого писателя.

Другіе писатели ³⁾ находятъ jus variandi непримѣнимымъ къ легатамъ. Это мнѣніе возникло изъ неправильнаго толкованія источниковъ; именно, недостаточна была оцѣнка особенности случая, въ которомъ дѣйствительно выборъ поставленъ въ зависимость отъ выраженія воли имѣющаго право выбора лица.

Мы не будемъ излагать подробно всѣхъ сюда относящихся споровъ и мнѣній: отъ этого содержаніе нашего изслѣдованія мало бы вышло, увеличиваясь только въ объемѣ.

§ 10.

Новѣйшія законодательства.

распадаются на двѣ группы.

Одна группа примыкаетъ, въ принципѣ по крайней мѣрѣ, къ Римскому праву, какъ то: французское, прусское и, въ послѣднее время, проектъ гессенскаго кодекса.

¹⁾ Sintenis: Das practische gemeine Civilrecht, 3-te Auflage 1869. Bd. II, § 83. Note 3.

²⁾ Demelius Zschr. f. civilrecht u. process № 5. bd. XVII.

³⁾ Напр. Hertius въ цитированномъ нами сочиненіи.

Другія законодательства приняли воззрѣніе, которое мы выше опредѣлили назвавъ его современнымъ. Сюда относятся: австрійскій кодексъ гражданского права, саксонскій кодексъ, проектъ баварскаго гражданского уложенія, проектъ обще-германскаго облигаціоннаго права, гражданскіе законы остзейскихъ губерній.

I. Группа.

1. Французское законодательство.

Code civil не упоминаетъ объ осуществленіи права выбора, но правомъденіемъ приняты начала Римскаго права. Одностороннее заявленіе имѣющаго право выбора не обязываетъ его, не упрощаетъ раздѣлительнаго обязательства; онъ имѣетъ безусловное право переимѣнить свой выборъ, *jus variandi*. Выборъ можетъ превратить раздѣлительное обязательство въ одночленное, но только въ случаѣ *сuo prout* вѣрителемъ или признанія его судомъ; въ такомъ случаѣ онъ не отменяемъ. Выборъ долженъ имѣть договорный характеръ, чтобъ сдѣлаться обязательнымъ для обоихъ контрагентовъ ¹⁾.—Уже Римское право, какъ мы видѣли, должно было логически придти къ тому, чтобы смотрѣть на частичный платежъ и принятіе его, какъ на обязательный для обоихъ контрагентовъ выборъ. Во французской судебной практикѣ это положительно признано. Такъ какъ въ раздѣлительныхъ обязательствахъ не могутъ быть принуждены должникъ къ доставленію или вѣритель къ принятію части одного и части другаго предмета, то необходимо признать, въ доставленіи и принятіи части одного предмета, соглашеніе сторонъ сосредоточить обязательство на этомъ предметѣ. Впрочемъ, намѣреніе сторонъ могло быть и другое. Вѣритель могъ, напримѣръ, принять часть одной вещи для большаго обезпеченія ²⁾.

¹⁾ Dalloz s. v. obligations 1323.

Toullier t. VI. N. 692.

²⁾ Dalloz s. v. obligations 1324.

Спорнымъ представляется случай раздѣлительнаго обязательства, въ которомъ исполненіе періодическое т. е. случай возобновляющихся исполненій; напр. выплачиваніе ренты деньгами или хлѣбомъ. Большинство французскихъ юристовъ полагаетъ, что избиратель можетъ переимѣнить исполненіе; и такъ, если онъ уплатилъ или потребовалъ первый годъ деньги, на второй можетъ заплатить или потребовать уплаты хлѣбомъ. Придерживающіеся этого мнѣнія юристы въ приведенномъ обязательствѣ видятъ не замкнутое органическое цѣлое, а столько отдѣльныхъ обязательствъ, сколько періодовъ, моментовъ исполненія ¹⁾. Поэтому естественно, что выборъ исполненія не можетъ быть обязательнымъ на будущее время, для другихъ отдѣльныхъ обязательствъ.

Понятно также, что юристы, видящій въ упомянутомъ обязательствѣ одно нераздѣльное цѣлое, учиненный разъ выборъ исполненія полагаетъ обязательнымъ, неотменяемымъ на все будущее время. Такого мнѣнія придерживается между прочимъ Duranton ²⁾. Dalloz ³⁾ придерживается посредствующаго мнѣнія: выборъ обязательнымъ и служитъ правиломъ на будущее время тогда, когда изъ договора видно, что таково было желаніе сторонъ.

Особенно характеристичны сужденія *Delvincourt* ⁴⁾ объ *jus variandi*.

Il est de principe que unaquaeque res eodem modo dissolvi debet, quo fuit colligata. Or l'obligation n'a reçu le caractère d'alternative que par notre convention; elle ne peut donc le perdre que par une convention contraire. Lorsque les offres sont acceptées, il y a convention contraire. Lorsqu'elles sont déclarées valables par payement il y a le contrat appelé judiciaire: *judicio quasi contrahimus*. Mais avant

¹⁾ *Pothier*: Traité des obligations N. 247.

Toullier t. VI. N. 693.

²⁾ t. VI. N. 141.

³⁾ s. v. Obligations 1326.

⁴⁾ *Cours de Code Civil*. ad Art. 1190.

l'acceptation, ou le jugement il n'y a que le fait de l'une des parties lequel ne suffit pas pour changer le caractère de l'obligation.

2. ПРУССКОЕ ЗЕМСКОЕ ПРАВО (Landrecht).

Не содержит также определений о *jus variandi*; правовѣдѣніе, однако, и юридическая практика примыкаютъ къ римской доктринѣ, находя се сообразною съ природою отношеній и подтверждаемою нѣкоторыми положеніями прусскаго уложенія ¹⁾.

Выборъ, предоставленный должнику, можетъ быть измѣнимъ до дѣйствительнаго выполненія обязательства ²⁾, или до принятія вѣрителемъ заявленія должника. Это заявленіе должно быть совершено въ формѣ, требуемой при установленіи самаго юридическаго отношенія ³⁾. До этого момента, можетъ должникъ измѣнить свое рѣшеніе; съ этого же момента обязательство дѣлается одночленнымъ, сосредоточиваясь на избранномъ предметѣ.

Если вѣритель имѣетъ право выбора, то послѣдній вполне свободенъ до принятія должникомъ заявленія вѣрителя.

Въ случаѣ предъявленія вѣрителемъ иска, выборъ не стѣсненъ до воспослѣдованія отвѣта должника, въ которомъ тотъ не возражаетъ противъ выбора вещи, т. е., по толкованію прусскихъ юристовъ, соглашается на родъ исполненія ⁴⁾.—Вѣритель *долженъ* впрочемъ въ жалобѣ своей выбрать который нибудь изъ предметовъ; но можетъ, если должникъ не согласится на выборъ, измѣнять оный во все время про-

¹⁾ *Bornemann Darstellung des preussischen Civilrechts II. § 183.*

Koch Forderungen I. § 5.

Förster: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts I. § 60.

²⁾ *A. L. R. I. 5. § 215, 315, I, 12 § 400.*

³⁾ *Koch. Lehrbuch des preus. gem. Privatrechts. II. § 555. (3 Auflage 1865).*

⁴⁾ *A. L. R. I. 5. § 316. I. 20. § 623, 597.*

цесса въ первой инстанціи. И при исполненіи рѣшенія, если должникъ не удовлетворитъ его, вѣритель вправе измѣнить свой выборъ ¹⁾.

Относительно альтернативныхъ легатовъ нѣкоторые прусскіе юристы того мнѣнія, что одностороннее заявленіе имѣющаго право выбора лица, обязательно и для другой стороны; мнѣніе это находится въ связи съ толкованіемъ относящихся сюда мѣстъ источниковъ Римскаго права, которыми, по мнѣнію юристовъ, и пополняются пробѣлы прусскаго уложенія.

Случай періодически повторяющихся исполненій разрѣшается въ прусскомъ правѣ также какъ и въ римскомъ ²⁾.

3. ГЕССЕНСКОЕ ПРАВО.

Между новыми законодательными работами, проектъ гессенскаго права отличается своимъ римскимъ направленіемъ. Начала проекта характеризуются ст. 17. V. d. Verbindlichkeiten.

Если должникъ доставитъ часть одного изъ альтернативно должныхъ предметовъ, то онъ не освобождается безусловно отъ этой части, а только тогда, но уже отъ всего обязательства, когда доставитъ вѣрителю и остальную часть того же предмета.

§ 11.

ПРОДОЛЖЕНІЕ.

II. Г р у п п а.

1 АВСТРІЙСКИЙ КОДЕКСЪ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА—ОПРЕДѢЛЯЕТЪ:

§ 908. Если обѣщаніе можетъ быть исполнено различнымъ образомъ, то выборъ принадлежитъ обязанному лицу, которое впрочемъ не можетъ безъ участія другой стороны измѣнять учиненный выборъ.

¹⁾ Gruchot. Preussisches Erbrecht. Berlin 1866. II. p. 25: sub. 224.

²⁾ *Koch Recht der Forderungen I. c.*

Preussisches Privatrecht I. c.

Bornemann I. c.

По мнѣнію толкователей этой статьи выборъ совершается не только дѣйствительнымъ исполненіемъ обязательства, но и простымъ одностороннимъ заявленіемъ ¹⁾. Правило это относится не только къ должнику, но и къ вѣрителю.

2. САКСОНСКИЙ КОДЕКСЪ.

Опредѣленія саксонскаго гражданскаго кодекса отличаются своею ясностью и точностью:

§ 699. Выборъ почитается совершеннымъ, если выборъ принадлежитъ должнику или кредитору, когда онъ объявленъ избирателемъ противной стороной. Объявленный выборъ не можетъ быть отменяемъ односторонне.

§ 700. Если лицо обязанное имѣть право выбора, то выборъ, въ случаѣ незавленія о немъ, почитается учиненнымъ, если должникъ одинъ изъ нѣсколькихъ предметовъ доставилъ или началъ доставленіе его. Если вѣрителю принадлежитъ право выбора, и онъ его не учинилъ, то выборъ предполагается совершеннымъ тогда, когда вѣритель принялъ хотя бы частичное доставленіе одного изъ нѣсколькихъ предметовъ или когда онъ предъявилъ искъ о доставленіи одного изъ нѣсколькихъ предметовъ и должникъ былъ судомъ увѣдомленъ объ искѣ.

Опредѣленіе, точнѣе нельзя было порвать связь съ Римскимъ правомъ. Одностороннее заявленіе обязательно, также заявленіе совершенное подачею исковой жалобы, когда послѣдняя сообщена противнику. Частичное доставленіе, а равно и частичное принятіе, имѣютъ также значеніе выбора.

Какъ ни ясны и опредѣленны положенія саксонскаго гражданскаго кодекса, баварскій еще превосходитъ его въ формулированіи началъ.

3. БАВАРСКИЙ ПРОЕКТЪ.

А. 260. Имѣющій право выбора не можетъ измѣнить выбора, заявленнаго противной стороной.

Равное заявленію дѣйствіе имѣетъ доставленіе должникомъ долгаго или части онаго, а также принятіе выбора или подача исковой жалобы, коль скоро послѣдняя была сообщена должнику.

4. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО ОСТЗЕЙСКИХЪ ПРОВИНЦІЙ.

Къ этой же группѣ принадлежитъ, наконецъ, и гражданское право нашихъ Остзейскихъ провинцій. *Jus variandi*, по остзейскому праву, не допускается, если въ договорѣ не предоставлено сторонамъ это право за исключеніемъ случая періодически повторяющихся исполненій.

Ст. 2928. Правомъ упомянутаго выбора, какъ должникъ, такъ и кредиторъ, могутъ воспользоваться только однажды, развѣ бы имъ было именно предоставлено выбирать по нѣскольку разъ, или же дѣло шло о такихъ обязательствахъ, которые періодически повторяются. Когда же выборъ дозволено сдѣлать только однажды, то должникъ можетъ произвести его до исполненія обязательства, а кредиторъ даже и при предъявленіи иска, если впрочемъ они уже не выразили опредѣлительно своей воли ранѣе.

Находящаяся подъ этой статьею ссылка на I. 84. § 9, de legat. 1. не опровергаетъ того факта что постановленіе 2929 ст. прямо противорѣчитъ римскимъ началамъ.

5. РУССКОЕ ПРАВО.

Изображенные нами выше два противоположныя начала, относительно *jus variandi*, имѣютъ примѣненіе и у насъ: законы, дѣйствующие въ Царствѣ Польскомъ, представляютъ римское право; германское воззрѣніе осуществляется въ остзейскомъ правѣ.

Сводъ законовъ гражданскихъ не содержитъ собственно объ *jus variandi* никакихъ опредѣленій, но въ принципѣ примыкаетъ къ римскому праву. Согласно началу, высказанному 1545 ст. 1 ч. ХТ., можно

установить следующие правила: всякое изменение договора требует для действительности своей согласия обоих контрагентов; упрощение, поэтому, обязательства выбором (не говоря о случае действительного исполнения) может только произойти посредством договора. В общих чертах, поэтому, в принципе русское право согласуется с римским правом; но есть однако и отклонения. Случай произведенной и принятой частичной платы, должен быть подведен под понятие определенного договором выбора.

Обязательство периодически повторяющихся исполнений должно считаться *одним*, так как трудно предположить, чтобы намерением сторон было установление сомнительного и шаткого отношения.

§ 12.

Jus variandi стороннего лица.

Если выбор предоставлен стороннему лицу, то заявление этого лица о произведенном выборе неизменно, разве противное определено было в договоре. Правило это вытекает из сущности предмета: заявление стороннего лица имеет характер внешнего события — особенно там, где оно считается условием обязательства. Оно по природе своей односторонне и не требует никакого принятия; поэтому, будучи раз сдано, оно возбуждает справедливые ожидания сторон, которые не должны быть обмануты.

О *jus variandi* третьего лица всего менее может быть речи в законодательствах, которые, как например австрийский, баварский и саксонский кодексы, а также своды узаконений остзейских провинций, не предоставляют этого права сторонам. Те же причины, которые говорят против *jus variandi* контрагентов, говорят и против *jus variandi* третьего лица.

Самым определенным образом высказано это в саксонском кодексе гражданского права.

Ст. 699. Выбор признается произведенным, если право выбора принадлежит третьему лицу, когда сей последний объявит свой выбор обеим сторонам; объявленный выбор не может быть односторонне отменен.

Также предусмотрителен и баварский проект.

Ст. 262. Если выбор принадлежит третьему лицу, то последнее само выбирает и učinенного выбора отменить не может.

РАЗДЕЛ III.

ПРОДОЛЖИТЕЛЬНОСТЬ ПРАВА ВЫБОРА. ПРЕКРАЩЕНИЕ ЕГО И ПУТИ КЪ ЕГО ОСУЩЕСТВЛЕНЮ.

§ 1.

Продолжительность права выбора.

1. Обыкновенно выбор происходит, как мы видели, вместе с уплатой и посредством нея.

Отсюда видно, когда, обыкновенно, право выбора возникает и когда оно прекращается.

Право выбора возникает на стороне должника с того момента, с которого он вправ или обязан произвести уплату; на стороне кредитора, с момента приобретения права требовать исполнения раздельного обязательства.

Право выбора прекращается на стороне должника в тот момент, в который произведена уплата, на стороне кредитора — в момент получения уплаты.

Вот основные положения на тот случай, когда стороны не сделали никакого уговора о способе осуществления права выбора.

2. Положения эти подвергаются изменению, если, в силу уговора контрагентов, одностороннее заявление должника или кредитора получает силу обязательного выбора.

Въ подобномъ случаѣ, актъ выбора отдѣленъ отъ акта уплаты. Эти два акта могутъ совпадать, но это не обязательно. Обязательство могло уже существовать долгое время, какъ одночленное, прежде чѣмъ оно было исполнено.

Въ этомъ случаѣ право выбора продолжается не до исполненія обязательства, но до заявленія избирателя о томъ, который предметъ онъ выбираетъ. Если выборъ не сдѣланъ, право это продолжается до исполненія обязательства.

Возникаетъ въ данномъ случаѣ право выбора въ тотъ же самый моментъ, какъ и въ случаѣ, если о способѣ осуществленія права выбора не было никакого уговора.

3. Въ уговорѣ о способѣ осуществленія права выбора можетъ заключаться и опредѣленіе времени, до котораго или начиная съ котораго выборъ можетъ быть сдѣланъ. Если такой уговоръ состоялся, то, онъ, разумѣется, долженъ быть исполненъ.

Для осуществленія права выбора уговоромъ можетъ быть установленъ и одинъ только моментъ. Если такого рода уговоръ былъ заключенъ, то выборъ можетъ быть сдѣланъ, мало того — онъ долженъ быть сдѣланъ только въ опредѣленный моментъ.

Въ этомъ случаѣ право выбора является вмѣстѣ и обязанностью выбора.

Здѣсь возникаетъ весьма важный въ практическомъ отношеніи вопросъ. Какъ поступить въ случаѣ, если тотъ, на чьей сторонѣ право выбора, въ опредѣленный договоромъ срокъ, не учинилъ выбора, не воспользовался своимъ правомъ и не исполнилъ своей обязанности?

О такомъ случаѣ мы находимъ въ источникахъ только одно рѣшеніе, которое, по нашему мнѣнію, допускаетъ распространительное толкованіе.

I. 11. § 1 de legatis II (31).

Pomponius (lib. VI ex Plautio).

Stichum, aut Pamphilum, utrum heres meus velit, Titio dato, dum, utrum velit dare, eo die, quo testamen- «Наслѣдникъ мой долженъ отдать Тицію Стиха или Памфила, котораго онъ захочетъ, если только

lum meum recitatum erit, dicat; si non dixerit heres, Pamphilum an Stichum dare malit, perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum, aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit. онъ заявитъ въ день открытія моего завѣщанія, котораго изъ нихъ онъ желаетъ отдать; если наслѣдникъ не заявитъ, желаетъ ли онъ отдать Стиха или Памфила, то онъ также обязанъ, по моему мнѣнію, какъ если бы онъ былъ обязанъ отдать Стиха или Памфила, по выбору легатарія».

Въ приведенномъ мѣстѣ разсматривается спеціально одинъ случай. Сдѣланъ отказъ, и выборъ заменить отъ заявленія должника, которое должно послѣдовать въ опредѣленный день. Изложенное въ приведенномъ мѣстѣ правило непосредственно относится къ данному случаю.

Должно ли это правило примѣняться по аналогіи къ тѣмъ случаямъ, когда право выбора предоставлено легатарію, съ тѣмъ условіемъ, чтобъ онъ учинилъ выборъ въ опредѣленный срокъ?

Далѣе, должно ли оно быть распространено и на тѣ случаи, когда раздѣлительное обязательство основывается на договорѣ и когда указаны въ договорѣ срокъ, въ который выборъ долженъ быть произведенъ?

По нашему мнѣнію, отвѣтъ на эти вопросы долженъ быть утвердительный. Высказанное въ приведенномъ мѣстѣ положеніе содержитъ не болѣе какъ извѣстное толкованіе одного случая. Если толкованіе вѣрно, то мы можемъ примѣнять его повсюду, гдѣ намъ встрѣтится случай подобнаго рода.

Придавая этому толкованію общее значеніе, мы приходимъ къ слѣдующему правилу:

Если одной, или другой сторонѣ, участвующей въ раздѣлительномъ обязательствѣ, предоставляется право выбора съ тѣмъ, чтобъ выборъ сдѣланъ былъ въ извѣстный срокъ, то право выбора переходитъ къ другой сторонѣ, въ случаѣ, если первоначально имѣвшій право выбора не воспользовался своимъ правомъ такъ, какъ было установлено.

4. Особеннаго изслѣдованія заслуживаетъ случай, когда одинъ предметъ включенъ былъ въ раздѣлительное обязательство подъ условіемъ.

Если будемъ имѣть въ виду нормальное значеніе этого случая, то выборъ, какъ извѣстно, долженъ происходить между самими предметами, а не между предметомъ и надеждой (spes). Нужно выжидать, вступить ли подъ условіемъ включенный предметъ въ число предметовъ выбора или нѣтъ. Если условіе исполняется, то выборъ имѣетъ мѣсто; если же условіе не исполняется, то все равно, какъ будто бы подъ условіемъ включенный предметъ никогда не входилъ въ раздѣлительное обязательство: такъ и при гибели одного предмета, или въ случай, если одинъ изъ предметовъ, вошедшихъ въ раздѣлительное обязательство, былъ *res extra commercium*, обязательство сосредоточивается на другомъ предметѣ и становится одночленнымъ, простымъ.

Положеніе это общее, оно вытекаетъ изъ существа самаго дѣла, но высказано оно въ неопредѣленныхъ только въ отношеніи раздѣлительнаго отказа.

a. *si pure fundum alterum, alterum sub conditione legaverit*, говоритъ Папиніанъ I. 25 pr. 36, 2., *pendente conditione non erit electio*, — если отказана одна или другая земля, одна безусловно, другая условно, то о примѣненіи права выбора не можетъ быть рѣчи, пока еще не разрѣшилось условіе.

Выборъ по необходимости отлагается до момента разрѣшенія условія: противоположное мнѣніе привело бы къ допущенію выбора между предметомъ и надеждой, вопреки намѣренію сторонъ или завѣщателя.

Положеніе это подтверждается слѣдующимъ мѣстомъ

b. I. 14. pr. *Quando dies legatorum* 36. 2.

Ulpianus I. XXIV ad Sabinum.

Si usufructus, aut decem, utrum legatarius voluerit, sint legata, utrumque spectandum, et mortem testatoris et aditionem hereditatis, mortem propter decem, adi- Если отказаны usufructus или decem, по выбору легатарія, то utrumque spectandum, et mortem testatoris et aditionem hereditatis, mortem propter decem, adi-

Если отказаны usufructus или decem, по выбору легатарія, то нужно выжидать смерти завѣщателя и вступленія въ наслѣдство, смерти — по поводу decem, всту-

tionem propter usumfructum; quamvis enim electio sit legatarii, tamen nondum electioni locus esse potest, quem proponatur, aut nondum testatorem decessisse, aut eo mortuo hereditas nondum adita. — по поводу usufructus. Хотя выборъ и принадлежитъ легатарію, однако выбору не можетъ быть мѣста, пока или завѣщатель еще не умеръ, или по его смерти наслѣдникъ еще не вступилъ въ наслѣдство.

Для уразумѣнія этого мѣста мы должны только сказать, что отказъ usufructus, *legatum usufructus*, всегда такъ изъясняется, какъ будто присовокуплено было условіе: если только легатарій доживетъ до вступленія наслѣдника въ наслѣдство.

5. Подобнымъ же образомъ долженъ быть изъясненъ и тотъ случай, если одинъ предметъ подлежитъ раздѣлительному обязательству подъ однимъ условіемъ, а другой подъ другимъ, предполагая, разумѣется, что выборъ долженъ имѣть мѣсто между двумя предметами, а не между двумя надеждами.

Въ такомъ случаѣ нужно выжидать разрѣшенія обоихъ условій.

Если условіе, подъ которымъ одинъ предметъ подлежитъ обязательству, исполнилось, то слѣдуетъ поступить такъ, какъ въ случаѣ, когда раздѣлительному обязательству подлежитъ одинъ предметъ безусловно, а другой условно.

Если не исполнится условіе, подъ которымъ одинъ предметъ включенъ въ обязательство, то въ такомъ случаѣ имѣется только одночленное условное обязательство.

Если придать вышеприведеннымъ двумъ случаямъ (4 и 5) другое значеніе, предполагивъ, что стороны или завѣщатель хотѣли установить альтернативу между предметомъ и шансомъ или между двумя шансами, тогда эти случаи должны быть рѣшены совсѣмъ другимъ образомъ. Цѣль сдѣлать не достигалась бы, если для осуществленія права выбора требовалось бы выжидать разрѣшенія условій.

Но такая цѣль сдѣлать, какъ мы видѣли выше, не предполагается.

Для того, чтобы договоръ былъ изъясненъ въ такомъ смыслѣ, стороны или завѣщатель должны ясно и опредѣленно высказаться въ этомъ смыслѣ; притомъ они должны сдѣлать всѣ распоряженія, нужныя для осуществленія своей воли. Прежде всего, имѣющему право выбора должно быть предоставлено учинить свой выборъ посредствомъ одного заявленія. Потомъ, ему должно быть предоставлено сдѣлать свое заявленіе и не дожидаясь разрѣшенія условія. Наконецъ, если раздѣлительное обязательство установлено посредствомъ отказа, то приобрѣтеніе отказа должно быть сдѣлано независимымъ отъ разрѣшенія условія.

§ 2.

Прекращеніе права выбора.

Если право выбора прекращается вѣдѣтіе состоявшейся уплаты, то вѣдѣть съ тѣмъ прекращается и само раздѣлительное обязательство.

Если же право выбора прекращается вѣдѣтіе односторонняго заявленія избирателя или вѣдѣтіе предложенія должникомъ уплаты, то раздѣлительное обязательство съ того времени становится одностороннимъ. Всего разительнѣе это послѣдствіе проявляется тогда, когда выбранный предметъ случайнымъ образомъ погибаетъ: упрощеніе обязательства влечетъ тогда за собою совершенное освобожденіе должника.

а. Случай предложенія уплаты разсматривается, какъ намъ извѣстно въ

I. 105 de V. O. 45. 1

Javolenus I. II epistol.

Stipulatus sum Damam aut Erotein servum dari; quum Damam daret, ego, quominus acciperem, in mora fui; mortuus est Dama... continuo eum (dehiloreni) debito liberari.

б. Въ случаѣ, когда выборъ поставленъ былъ въ зависимость отъ од-

носторонняго заявленія должника, (въ данномъ случаѣ, наследника) въ источникахъ говорится:

I. 11. § 1 de legatis II (31).

Pomponius I. VI. ex Plautio.

Stichum aut Pamphilum utrum heres meus volet, Titio dato... Si dixerit se Stichum dare velle, Stichum mortuo liberari eum.

Такимъ образомъ, если наследникъ заявитъ, какого раба онъ хочетъ отдать легатарію, то онъ долженъ только этого раба. Если рабъ случайнымъ образомъ умираетъ, то наследникъ совершенно освобождается отъ обязательства.

Подобное же рѣшеніе мы находимъ въ I. 84 § 9 de legatis I. (30).

с. Тоже самое бываетъ и въ томъ случаѣ, когда выборъ зависитъ отъ односторонняго заявленія вѣрителя: на разъ избранномъ предметѣ сосредоточивается раздѣлительное обязательство.

«Is erit solus in obligatione», говорится въ I. 112 de V. O. 44. 1.

Если право выбора должно быть снова возстановлено, то для этого требуется особенный договоръ.

Тѣже самыя правила выбора находимъ мы и въ новѣйшихъ законодательствахъ.

Во французскомъ, прусскомъ, австрійскомъ и саксонскомъ правѣ правило это не выражено, но предполагается закономъ ¹⁾.

Въ гражданскихъ законахъ нашихъ Остзейскихъ губерній это правило высказывается по случаю отказовъ.

Статья. 2254. Когда выборъ однажды произведенъ, то всѣ случайности, которыми можетъ подвергнуться избранная вещь, падаютъ на легатарія.

Своеобразно—формулированіе баварскаго проекта:

¹⁾ Toullier t. 6 N. 692.

Stubenrauch, das aleg. buerg. Besh. ad § 907.

Koche, Recht der Rorderungen, § 5

Sachs. Gesetzbuch § 722—727 u. Motive dazu.

А. 261: Если выборъ учиненъ безповоротно, то договоръ разсматривается такимъ образомъ, какъ будто первоначально включенъ былъ въ обязательство одинъ только выбранный предметъ.

§ 3.

Пути къ осуществленію права выбора.

Если вѣритель долженъ опредѣлить предметъ уплаты, то онъ долженъ имѣть возможность сдѣлать выборъ; ему слѣдуетъ знать предметы, между которыми онъ долженъ выбирать.

Но какъ поступить въ случаѣ, если должникъ или какое либо третье лицо, которые могли бы показать предметы обязательства, не хотятъ показать ихъ?

Римское право допускало въ такомъ случаѣ такъ-называемую *actio ad exhibendum*, искъ о предъявленіи, состоявшій въ томъ, что каждый, влаждущій какой либо вещью, обязанъ показать ее всякому, который намѣренъ предъявить на нее свое право. Право осмотра вещи, какъ и искъ, посредствомъ котораго это право осуществляется, называются *actio ad exhibendum*.

Искъ о предъявленіи вещи принимается, въ источникахъ, въ случаяхъ, весьма сходныхъ съ раздѣлительнымъ обязательствомъ, именно, въ случаяхъ *optio legata*.

l. 3. § 6. ad exhibendum 10. 4.
Ulpianus l. XXIV ad. edictum.

Si optare velim servum vel quam aliam rem, cuius optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitis possim vindicare.

Если я захочу выбрать раба или другую вещь, выборъ которой мнѣ отказанъ, то я несомнѣнно вправе вчинить искъ о предъявленіи, для того, чтобы по предъявленіи (рабовъ или вещей) я могъ отыскать (одну изъ нихъ).

l. 8. § 3. de optione vel electione 33. 5.

Ulpianus l. XXIV ad edictum.

Si rerum depositarum electio mihi relicta sit, et ad exhibendum eo, apud quem depositae sunt, agere potero, et cum herede agere, ut is depositi agendo facultatem mihi eligendi praestet.

Если мнѣ отказанъ выборъ между отданными на храненіе вещами, то я въ правѣ требовать предъявленія ихъ, какъ отъ того, у кого вещи оставлены, такъ и отъ наследника, чтобы онъ доставилъ мнѣ возможность сдѣлать выборъ, вчинивъ искъ о возвращеніи поклажи.

Вѣритель имѣлъ, вѣроятно, право требовать предъявленія вещей и въ томъ случаѣ, когда выборъ предоставленъ былъ третьему лицу.

l. 3. § 10. ad exhib. 10. 4.

Pomponius l. VI ad. Sabinum.

Plus dicit Julianus, etsi vindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi, ut puta si mihi servus legatus sit quem Titius optasset; agam enim ad exhibendum, quia mea interest exhiberi, ut Titius optet, et sic vindicem, quamvis exhibitum ego optare non possim.

Еще болѣе, говоритъ Юліанъ, хотя бы я еще не имѣлъ права виндикаціи, то я могу начать искъ о предъявленіи, на томъ основаніи, что предъявленіе въ моемъ интересѣ, такъ напр. если мнѣ отказанъ рабъ, котораго выберетъ Титій. Я требую предъявленія, потому что предъявленіе мнѣ нужно для того, чтобы Титій могъ произвести выборъ и чтобы я затѣмъ могъ отыскивать выбранную вещь—хотя я самъ лично не могъ бы произвести выборъ между предъявленными вещами.

Прусское, французское и австрийское законодательства обошли это широкое право на предъявление вещи.

Саксонский гражданский свод дѣлаетъ весьма общее постановленіе:

§ 1565. Кто встрѣчаетъ надобность, для своего иска, осмотрѣть какое либо движимое или недвижимое имущество, для того, чтобы удостовѣриться, то ли это имущество, на которое простирается его искъ, или насколько оно обладаетъ тѣмъ качествомъ, которое важно для его иска, тотъ можетъ требовать отъ всякаго владѣльца этого имущества, чтобы оно было ему показано и представлено для осмотра.

Почти также обширно формулируетъ это правило баварскій проектъ:

Статья 970. Кто для осуществленія вещественнаго или личнаго притязанія относительно находящагося въ чужомъ владѣніи движимаго имущества, докажетъ надобность въ предварительномъ его осмотрѣ, тотъ въ правѣ требовать отъ владѣльца допущенія къ этому имуществу и дозволенія на осмотръ онаго.

Гражданскіе законы нашихъ остзейскихъ губерній также заимствовали это правило, въ полной его общности, изъ Римскаго права. Въ статьяхъ 4593 и 4594 выражается самый принципъ, кромѣ того, въ статьѣ 4594 специально рѣшается также разсматриваемый здѣсь случай.

Статья 4593. Намѣревающийся предъявить право на движимую вещь и для этого желающій сперва ее увидѣть, можетъ требовать отъ всякаго держателя этой вещи, чтобы онъ ему ее показалъ.

Статья 4594. Показанія вещи (ст. 4593) можетъ требовать не только тотъ, кто присвоитъ себѣ на нее право собственности, но и заявляющій на оную другія вещныя права, а также желающій пріобрѣсти обратно владѣніе вещью, или воспользоваться принадлежащимъ ему правомъ выбора, или наконецъ, вообще предоставившій какое либо, хотя бы и несовершенное, доказательство законнаго для него интереса въ предъявленіи ему вещи.

РАЗДѢЛЪ IV.

О ПРЕДМЕТАХЪ ВЫБОРА ИЛИ Т. Н. НЕДѢЛИМОСТИ РАЗДѢЛИТЕЛЬНЫХЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЪ.

§ 1.

Общія соображенія.

Въ каждомъ раздѣлительномъ обязательствѣ должникъ обязанъ доставить одну или другую вещь. Вещи эти замѣняютъ, но и исключаютъ другъ друга. Если право выбора принадлежитъ должнику, то послѣдній можетъ, конечно, освободиться отъ обязательства доставленіемъ одной вещи, точно также какъ доставленіемъ другой; кредиторъ, если право выбора на его сторонѣ, можетъ, конечно, требовать какъ одну вещь, такъ и другую; — но кредиторъ обязанъ принять только одну или только другую вещь, точно также какъ и должникъ обязанъ доставить только одну или только другую вещь. Раздѣлительное обязательство, по существу своему, не можетъ быть выполнено доставленіемъ части одной и части другой вещи.

Къ этому заключенію мы придемъ изъ какаго бы основнаго воззрѣнія на раздѣлительное обязательство мы ни исходили.

Предположимъ, что въ раздѣлительныхъ обязательствахъ предметомъ долга состоитъ только одна вещь, именно та, которую выберетъ должникъ или вѣритель. Въ такомъ случаѣ, должникъ или вѣритель въ правѣ выбрать только одну вещь; только эту одну вещь должникъ въ правѣ доставить, кредиторъ въ правѣ требовать. Еслибы должникъ захотѣлъ отдать вѣрителю часть одной и часть другой вещи, то это было бы также непозволительно, какъ еслибы онъ захотѣлъ удовлетворить своего кредитора, навязывая ему другую вещь, а не ту, которая составляетъ предметъ обязательства. Точно также и вѣритель

требовалъ бы одно вмѣсто другаго, *aliud pro alio*, еслибы онъ вздумалъ отыскивать часть одной и часть другой вещи. Раздѣлительное обязательство погашается только тогда, когда доставляется одна или другая вещь, но цѣлкомъ.

Предположимъ, напротивъ, что обѣ альтернативно обѣщанныя вещи составляютъ предметъ обязательства. Если доставляется часть одной и часть другой вещи, то вносится только то, что состоитъ предметомъ долга. Здѣсь не можетъ быть и рѣчи объ уплатѣ *aliud pro alio*. Не смотря на то, должникъ, и при этомъ возрѣніи на раздѣлительное обязательство, не освобождается отъ обязательства путемъ такого взноса. Должникъ, правда, по этому возрѣнію, долженъ какъ тотъ, такъ и другой предметъ; но освобождается онъ отъ обязанности доставить одинъ предметъ только доставленіемъ другаго, и наоборотъ. На практикѣ, слѣдовательно, и это возрѣніе приводитъ къ тѣмъ же результатамъ, какъ и первое.

Съ этими правилами, которыя мы только что изложили, нѣкоторые юристы связали другое, намъ уже извѣстное, правило, о которомъ мы сейчасъ напомнимъ читателю, и изъ этой комбинаціи вывели слѣдующее странное заключеніе: они нашли, что раздѣлительное обязательство имѣетъ характеръ обязательства недѣлимаго.

Намъ уже извѣстно, что въ раздѣлительныхъ обязательствахъ выборъ обыкновенно совершается безповоротно только путемъ цѣльнаго исполненія обязательства. Когда должникъ доставляетъ вѣрителю только часть одной вещи, то, конечно, въ этомъ взносѣ и въ принятіи его можно было бы видѣть безмолвный договоръ, въ силу котораго раздѣлительное обязательство сосредоточилось на томъ предметѣ, часть котораго внесена и принята. Римляне, однакоже, не дошли до такого толкованія, вѣдѣтвіе чего они по необходимости должны были постановить правило, что въ раздѣлительныхъ обязательствахъ частичный взносъ и принятіе его не влекутъ за собою частичнаго погашенія обязательства, какъ это бываетъ обыкновенно, при выполненіи дѣлимыхъ обязательствъ. Еслибы они не установили этого правила, они бы могли грубо нарушить сущность раздѣлительнаго обязательства. Послѣ

прекращенія части раздѣлительнаго обязательства, вѣдѣтвіе взноса части одной вещи, раздѣлительное обязательство, въ качествѣ раздѣлительнаго, оставалось бы въ силѣ относительно остальной части и другой вещи, и въ такомъ видѣ могло бы быть прекращено взносомъ части *другой* вещи.

Если многіе субъекты участвуютъ въ раздѣлительномъ обязательствѣ, то несотласно было бы, какъ мы видѣли выше, съ сущностью самаго дѣла видѣть въ уплатѣ части этого предмета, произведенной однимъ субъектомъ или одному субъекту, сосредоточеніе обязательства на одномъ этомъ предметѣ. Такимъ образомъ *здѣсь*, по необходимости, нужно признать правило, что отдача части одной вещи и принятіе ея не влекутъ за собою прекращенія части раздѣлительнаго обязательства ¹⁾.

Такимъ образомъ мы видимъ, во первыхъ, что раздѣлительное обязательство можетъ быть выполнено только доставленіемъ одного изъ альтернативно-обѣщанныхъ предметовъ, но цѣлкомъ;

во вторыхъ, частичная уплата не уничтожаетъ раздѣлительнаго обязательства соразмѣрно внесенной части вещи.

Нельзя отрицать, что эти два правила придаютъ раздѣлительному обязательству нѣкоторый видъ недѣлимости. Это замѣчали уже древніе юристы, которые излагали поэтому эти правила вмѣстѣ съ ученіемъ о недѣлимыхъ обязательствахъ. Но въ сущности, какъ мы видѣли, эти правила исходили не изъ принципа недѣлимости, но изъ того принципа, что всякое обязательство можетъ быть выполнено только такимъ путемъ, какимъ было условлено участвующими сторонами.

Болѣе точное изслѣдованіе приведетъ насъ къ полнѣйшему убѣжденію въ томъ, что раздѣлительное обязательство, какъ раздѣлительное, ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть причисляемо къ недѣлимымъ обязательствамъ.

¹⁾ I. 8. § 2. De legatis I.
I. 15. De legatis II.
I. 26. § 14 (12, 6).

Мы должны, разумѣется, имѣть въ виду случай, когда оба предмета раздѣлительнаго обязательства дѣлимы, или только одинъ изъ нихъ. Мы должны вѣдь рассмотреть: дѣлимо ли раздѣлительное обязательство, въ качествѣ раздѣлительнаго, независимо отъ недѣлимости предметовъ, на которые оно простирается.

§ 2.

Доказательства дѣлимости раздѣлительныхъ обязательствъ.

Обязательство, какъ намъ извѣстно, дѣлимо, если дѣлимъ взносъ составляющій предметъ его; обязательство недѣлимо, если уплата нераздѣльна. Уплата считается дѣлимой только тогда, если она, по существу своему и цѣнности, нисколько не измѣняется отъ дѣленія, если отдѣльные взносы, вмѣстѣ взятые, вполне представляютъ совершенную уплату.

Понятіе о нераздѣльномъ обязательствѣ составляется изъ отрицательныхъ признаковъ дѣлимаго обязательства.

Если обязательство дѣлимо, то оно можетъ быть погашаемо по частямъ, частичнымъ выполненіемъ или другимъ образомъ. Если нѣсколько наследниковъ вступаютъ на мѣсто кредитора или должника, то дѣлимое обязательство распадается на многія частичныя обязательства.

Если же обязательство, напротивъ, недѣлимо, то частичное требованіе и частичное выполненіе невозможны, и обязательство не можетъ быть дробимо и въ случаѣ вступленія многихъ субъектовъ на мѣсто вѣрителя или должника.

Если примѣнить масштабъ только что изложенныхъ правилъ къ раздѣлительному обязательству, то окажется:

что по раздѣлительному обязательству можетъ быть допускаемо частичное требованіе;

что въ раздѣлительномъ обязательствѣ возможно частичное погашеніе; напримѣръ, посредствомъ *acceptilatio*;

что при переходѣ къ наследникамъ вѣрителя или должника, раздѣлительное обязательство распадается на частичныя обязательства, смотря по числу наследниковъ,—только, разумѣется, всѣ наследники вмѣстѣ должны получить или отдать одинъ и тотъ же предметъ.

Доказательства этимъ положеніямъ мы находимъ въ слѣдующихъ мѣстахъ источниковъ:

l. 17. de acceptil. 46. 4.
Julianus libro LIV Dig.

Qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit, *partem stipulationis peremit*, et petere quinque, aut partem hominis potest. Кто выговорилъ себѣ раба или десять, уничтожаетъ часть стипуляціи, заявляя чрезъ *acceptilatio* о полученіи пяти, и въ правѣ требовать пять или часть раба.

l 2 de V. O. 45. 1.
Paulus l. XII. ad. Sabinum.

§ 1. (Stipulationum) *quaedam partibus quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota datur, stipulationi satis non fit, veluti quum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas ... Eiusdem conditionis est haec stipulatio, Stichum aut Pamphilum dari?* Нѣкоторыя стипуляціи, по существу, допускаютъ взносъ части предмета обязательства, но удовлетвореніе по стипуляціи происходитъ не иначе, какъ если будетъ внесенъ предметъ въ цѣлости, такъ напр. если я стипулирую вообще раба или чашу или какой либо сосудъ... Сюда же принадлежитъ и слѣдующаго рода стипуляціи: общаешь ли отдать мнѣ въ собственность раба Стиха или раба Памфила?

§ 2. *Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eandem rem omnes dederint; non* § 2. Отъ такихъ стипуляцій, слѣдовательно, наследники не могутъ быть освобождены, посредствомъ частичной уплаты, пока всѣ

enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur . . .

§ 3. Si tamen hominem stipulatus cum uno ex heredibus promissoris egero, pars duntaxat celebrationem obligationis supererit.

Idemque est, si uni ex heredibus accepto latum sit.

§ 4. Idemque est in ipso promissore et fideiussoribus ejus, quod diximus in heredibus.

не отдадутъ всей вещи; такъ какъ существо обязательства не измѣняется въ лицѣ наследниковъ . . .

§ 3. Если послѣ того, какъ мнѣ обещанъ по стипуляціи рабъ, я начну искать съ одного изъ наследниковъ обещаннаго, то изъ обязательства останутся въ силѣ доли прочихъ наследниковъ.

Тоже самое бываетъ, если одинъ изъ наследниковъ былъ освобожденъ отъ обязательства вслѣдствіе acceptilatio.

§ 4. То что мы сказали о наследникахъ, применимо также въ отношеніи самого обещаннаго и его поручителей.

I. 35. de V. O. (45, 1).

Paulus (libro LXXV. ad edictum).

§ 4. Pro parte autem peti (a heredibus) solvi autem nisi totum non potest, veluti quum stipulatus sum hominem incertum, nam petitio eius scinditur, sibi vero nisi solutus non potest . . . Idem juris est, et si quis decem millia, aut hominem promiserit.

Здѣсь мы можемъ привести еще нѣсколько корреальныхъ кредиторовъ или нѣсколько корреальныхъ должниковъ, то частичная уплата однимъ изъ должниковъ одному

§ 4. Хотя по частямъ можно требовать (отъ наследниковъ), но выполнить можно не иначе, какъ все цѣлкомъ, напримѣръ если я стипулировалъ себѣ раба вообще; требованіе, хотя дробно, но уплата можетъ быть не иначе, какъ цѣлкомъ. . . . То же правило примениется и тогда, когда кто обещалъ десять тысячъ или раба.

изъ вѣрителей дѣйствительна, если только отдѣльные взносы, вмѣстѣ взятые, составляютъ цѣлый предметъ обязательства.

L. 34 de solutionibus et liberationibus XLVI. 3.

Julianus (libro LIV Digestorum).

§ 1. Si duo rei stipulandi hominem dari stipulati fuerint, et promissor utrique partes diversorum hominum dederit, dubium non est, quin non liberetur. Sed si eiusdem hominis partes utrique dederit, liberatio contingit, quia obligatio communis efficit, ut, quod duobus solutum est, uni solutum esse videatur. Nam ex contrario quum duo fideiussores hominem dari sponderint, diversorum quidem hominum partes dantes non liberantur, at si eiusdem hominis partes dederint, liberantur.

Если два корреальныхъ стипулятора выговорили себѣ раба и должникъ передаетъ обоимъ части (идеальныя) различныхъ рабовъ, то нѣтъ никакого сомнѣнія, что онъ этимъ не освобождается отъ своего обязательства. Напротивъ, если онъ даетъ обоимъ части того же раба, то освобожденіе имѣетъ мѣсто, потому что, такъ какъ обязательство общее, то всеравно, — будетъ ли вся уплата произведена одному или обоимъ. Точно также въ обратномъ случаѣ, если два поручителя обещали дать раба, то они не освобождаются, уплачивая части различныхъ рабовъ, освобождаются же они отдавая части того же самого раба.

§ 10. Si decem, aut hominem dari stipulatus fuero, et duos fideiussores accepero, Titium et Maevium, et Titius quinque solverit, non liberabitur, priusquam Maevius quoque quinque solvat; quodsi Maevius partem hominis solverit, uterque obligatus remanebit.

§ 10. Если я стипулировалъ десять или раба и принялъ двухъ поручителей Тиція и Мевія и Тицій заплатилъ пять, то онъ не освобождается прежде, нежели Мевій также уплатитъ пять; если же Мевій отдаетъ часть раба, то оба поручителя остаются обязанными.

Итакъ раздѣлительное обязательство, въ качествѣ раздѣлительнаго вовсе не имѣетъ характера нераздѣльнаго обязательства; нѣкоторыя

же явления, придающія раздѣлительному обязательству видъ нераздѣльности, происходятъ вовсе не изъ нераздѣльности.

Въ заключение мы должны еще раземотрѣть слѣдующее не безынтересное противорѣчiе источниковъ:

Въ l. 26 § 13 de cond. ideb. 12. 6 сказано:
Ulpianus l. XXVI ad edictum.

Si decem, aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere? Placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicesimo Digestorum scripsit, *eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur* petique ab eo posse reliqua quinque, aut Stichum, et si praestiterit residua quinque, videri eum et in priora debita solvisse; *si autem Stichum praestitisse, quinque eum posse condicere quasi indebita.*

Если я долженъ, по стипуляци, десять или Стиха и уплачу пять, то спрашивается, могу ли я ихъ потребовать обратно? Признано, какъ писали Цельзъ въ шестой книгѣ и Марцелль въ двадцатой книгѣ Дигестъ, что нужно считать нерѣшеннымъ, освобождается ли тотъ, кто заплатилъ пять; можно поэтому отъ него требовать остальные пять или Стиха, и считать его, по уплатѣ остальныхъ пяти, уплатившимъ и первые пять долга; если же онъ доставитъ Стиха, то онъ можетъ отыскивать пять, какъ уплаченныя безъ основанiя.

Частичная уплата, какъ намъ уже извѣстно, не влечетъ за собою частичнаго прекращенiя обязательства. Поэтому, конечно, она можетъ быть потребована обратно. Но когда? Цельзъ, Марцелль, и, кажется Ульпианъ, приводящiй рѣшенiя Цельза и Марцелла, держатся того мнѣнiя, что этотъ искъ о возвращенiи можетъ быть вчиненъ только тогда, когда отданъ весь другой предметъ.

Павелъ, напротивъ, держался, видно, другого мнѣнiя. Въ подобномъ же случаѣ рѣшаетъ онъ, что внесенная частичная уплата можетъ быть потребована обратно немедленно, или въ противномъ случаѣ

остается нерѣшеннымъ, станетъ ли внесенная часть, части, настоящей уплатой или нѣтъ.

l. 2. de V. O. 45. 1.

Paulus libro XII ad Sabinum.

§ 1. . . . quum hominem generaliter stipulor. . . si Stichus pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeli potest aut inpendenti est, donec alius detur. Eiusdem conditionis est haec stipulatio, Stichum aut Pamphilum dari?

Если я стипулирую вообще ралитер stipulor. . . ба. . . если уплачена часть Стиха, то уплата эта не имѣетъ своимъ послѣдствiемъ и частнаго даже освобожденiя, отъ обязательства, но можетъ она тотчасъ быть требуемо обратно или же значенiю ея остается не опредѣленнымъ, пока не будетъ данъ другой рабъ. Такого же рода и слѣдующая стипуляци: общаетъ ли дать Стиха или Памфила?

Противорѣчiе между двумя приведенными мѣстами очевидно. Противорѣчiе это старались устранить разными искусственными толкованiями. Не останавливаясь долго на этихъ безплодныхъ попыткахъ, признаемъ лучше противорѣчiе противорѣчiемъ и постараемся разъяснить его противоположностью принциповъ, которые кладутся въ основанiе теорiи раздѣлительныхъ обязательствъ.

Положимъ, что въ раздѣлительномъ обязательствѣ предметомъ долга состоятъ обѣ вещи, но каждая вещь перестаетъ считаться долгою, коль скоро отдана другая. Тогда частичную уплату нельзя называть уплатой несуществующаго долга — *indebitum*. Она можетъ сдѣлаться таковою только вполнѣ, если отдана будетъ вся другая вещь.

Если же признать, напротивъ, что ни одна изъ альтернативно обѣщанныхъ вещей, не можетъ считаться предметомъ обязательства, пока не будетъ внесена въ цѣлости одна или другая вещь, то произведенная частичная уплата съ самаго начала является неслѣдующей и немедленно можетъ быть потребована обратно.

§ 3.

Новѣйшія законодательства.

Явленія, придающія раздѣлительному обязательству видъ нераздѣльности, происходятъ отъ существа самого отношенія; мы поэтому, найдемъ ихъ вездѣ, гдѣ раздѣлительное обязательство изучалось правовѣденіемъ или опредѣлялось законодательствомъ. Тамъ же, гдѣ на этотъ институтъ еще не обратили никакого вниманія, законодательство и правовѣденіе должны будутъ признать эти явленія. Исключеніе составляетъ только случай частичной уплаты, когда имѣется одинъ вѣритель и одинъ должникъ. Здѣсь болѣе будетъ соответствовать нашимъ новѣйшимъ юридическимъ воззрѣніямъ тотъ взглядъ, по которому чрезъ частичную уплату и принятіе ся обязательство сосредоточивается на томъ одномъ предметѣ, часть котораго отдана ¹⁾).

Въ гражданскихъ законахъ Остзейскихъ губерній эта такъ называемая нераздѣльность раздѣлительнаго обязательства предполагается (ср. ст. 2926 и слѣд.), въ Code Napoléon, и слѣдовательно, также въ собраніи гражданскихъ законовъ Царства Польскаго, она опредѣленно высказывается; точно также и въ баварскомъ проектѣ.

Code civil. Ст. 1191. Должникъ можетъ освободиться отъ обязательства, передавъ кредитору одну изъ общанныхъ вещей, но не можетъ принудить кредитора принять часть одной вещи и часть другой.

Баварскій проектъ: Статья 252. Взносъ части одного и части другаго изъ предметовъ подлежащихъ выбору, вѣрителемъ пользующимся правомъ выбора, не можетъ быть потребованъ, и должникомъ предложенъ.

¹⁾ Dalloz s. v. obligations 1322. 1544.
Fürster Preuss. Privatrecht I. § 67.

РАЗДѢЛЬ V.

**О ТАКЪ НАЗЫВАЕМОЙ Личности ПРАВА ВЫБОРА
(Persönlichkeit des Wahlrechts)**

§ 1.

Введеніе.

Савиньи, въ предисловіи къ своей знаменитой «Системѣ современнаго Римскаго права», говоритъ:

«Если продолжавшееся многими поколѣніями развитіе нашей науки представляетъ большія выгоды, то изъ этого же возникаютъ для насъ своего рода большія опасности. Въ массѣ понятій, правилъ и техническихъ выраженій, доставившихся намъ отъ нашихъ предшественниковъ, къ приобѣтаемой истинѣ примѣшивается, несомнѣнно, значительная доля заблужденія, влияющаго на насъ съ традиціонной силою унаслѣдованнаго умственнаго достоянія.»

Прекрасныя слова Савиньи вѣрны не только относительно одного нашего повѣйнаго правовѣденія. Тѣ же опасности грозили и римскому правовѣденію, какъ и нашему.

«Для предупрежденія этой опасности, продолжаетъ Савиньи, мы должны желать, чтобы, время отъ времени, вся масса донедѣльнаго до насъ знанія на-ново испытывалась, подвергалась сомнѣнію, чтобы изслѣдовано было ея происхожденіе.»

Это желаніе Савиньи было бы совершенно умѣстно и относительно римскаго правовѣденія. Римскіе юристы нерѣдко предпринимали такое изслѣдованіе, но, къ сожалѣнію, они столь же нерѣдко это упускали. Если какая либо сторона древняго права была возведена была въ извѣстное юридическое правило, если она была формулирована, то юридическая формула удерживалась съ удивительнымъ упорствомъ,

хотя бы она давно перешла ту сторону правового бытия, которой она должна была служить выражениемъ.

Если правило все болѣе и болѣе ослаблялось исключеніями, если, въ дѣйствительности, исключенія составляли правило, а правило представлялось исключеніемъ — формула оставалась все таки неизмѣнной, затѣмъ и занутивая только юридическое сознаніе позднѣйшихъ поколѣній.

Весьма поучительный примѣръ такого случая мы находимъ въ ученіи, которое мы намѣрены теперь изложить. Мы особенно будемъ воздерживаться отъ представленія читателю мудрости толкователей прошлыхъ столѣтій. Никакой предметъ самъ по себѣ такъ не простъ и никакой предметъ не былъ столь много и безплодно толкуемъ, какъ именно этотъ. Мы постараемся изложить его столь же просто и ясно, какъ онъ есть на самомъ дѣлѣ.

Относящіяся сюда недоразумѣнія болѣе всего простираются на тотъ случай, когда право выбора предоставлено вѣрителю. Этотъ случай нами разсмотрѣнъ будетъ прежде всѣхъ. Потомъ мы разсмотримъ случай, когда право выбора принадлежитъ должнику, и далѣе — вопросъ о переходѣ права выбора, независимо отъ самаго обязательства. Затѣмъ мы перейдемъ къ изложенію новѣйшихъ законодательствъ по предмету настоящаго раздѣла.

§ 2.

Выборъ, предоставленный вѣрителю.

Въ I. 76. pr. de Verbor. Obl. 45. 1. мы находимъ высказаннымъ слѣдующее замѣчательное юридическое правило, замѣтовавшее изъ XVIII книги комментарія Павла къ одигу:

Si stipulatus fuerim «illud aut illud, quod ego voluero, *hinc cetero* — или другое, которое я захочу, то *libo personalis est.* выборъ этотъ личный.

Если это юридическое правило вѣрно, то выводы изъ него разумѣются сами собою:

1. Право выбора не можетъ переходить къ наслѣдникамъ.
2. Оно не можетъ быть передаваемо другому лицу, вмѣстѣ съ обязательствомъ.
3. Отъ осуществленія выбора зависитъ дѣйствительность всего обязательства. Если имѣющій право выбора не выбираетъ, то обязательство уничтожается по неопредѣленности и неопредѣлимости содержанія. Однимъ словомъ, выборъ имѣетъ характеръ условія.

Но вѣрны ли эти выводы изъ вышеприведеннаго правила?

Вовсе нѣтъ.

1. Обязательство переходить къ наслѣдникамъ, вмѣстѣ съ правомъ выбора.
2. Право выбора можетъ быть передано другому вмѣстѣ съ обязательствомъ.
3. Обязательство не уничтожается въслѣдствіе того, что пользующійся правомъ выбора самъ не выбираетъ.

Всѣ эти три положенія доказываются чрезъ

I. 75 § 3 de legatis I (30)

Ulpianus l. V. Disputationum.

Si quis ita stipulatus: Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei deoebatur, tenebitur heres ejus, ut praestet legatario actionem, electionem habituro, utrum Stichum, an decem persequi malit.	Если кто такъ стипулировалъ: Стиха или десять, что изъ нихъ я захочу, и отказываетъ то, что ему слѣдуетъ, то наслѣдникъ обязанъ удовлетворить неслѣдующую легатарію, которому предоставляется выборъ, захочетъ ли онъ требовать Стиха или десять.
--	---

Въ приведенномъ случаѣ, завѣщатель имѣетъ раздѣлительное требованіе, въ которомъ онъ выговорилъ себѣ право выбора.

Онъ умираетъ, не сдѣлавши выбора, и требованіе все таки не уничтожается;

оно переходить къ наследнику вмѣстѣ съ правомъ выбора, принадлежавшимъ наследодателю;

наследникъ, во исполненіе возложеннаго на него отказа, передаетъ требованіе вмѣстѣ съ правомъ выбора легатарію.

Дальнѣйшее подтвержденіе этому мы находимъ въ слѣдующихъ мѣстахъ источниковъ:

I. 19. de optione vel electione legata. 35. 5.
Paulus lib. III. Sententiarum.

Illud aut illud, utrum elegerit legatarius; nullo a legatario electo, decedente eo post diem legati cedentem, ad heredem transmitti placuit.

«Одно или другое, что выберетъ легатарій» — если легатарій выбора не сдѣлалъ, скончавшись по наступленіи срока легату, то признано, что обязательство переходитъ къ его наследнику.

Также въ приведенной I. 76 pr. de verbor. obl. 45. I говорится, послѣ того, какъ юристъ высказалъ минное правило — «si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, haec electio personalis est» — in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore, къ наследникамъ однако переходитъ обязательство, если стипуляторъ и умеръ до учиненія выбора.

Представимъ себѣ на минуту, что высказанное Павломъ общее юридическое правило не существуетъ. Предъ нами были бы тогда только одна остальная прѣвѣла, признанія въ практикѣ, и мы вѣрно сказали бы, что выборъ вообще не связанъ съ личностью, но съ обязательствомъ, вмѣстѣ съ которымъ онъ переходитъ къ другимъ лицамъ, какъ путемъ общаго, такъ и частнаго преемства.

Но, къ сожалѣнію, въ этомъ формулированіи намъ мѣшаетъ высказанное Павломъ правило и, еще болѣе, заключеніе, выводимое изъ этого юридическаго правила.

et ideo, говоритъ Павелъ, высказавъ свое правило, servo vel filio talis electio cohaeret — и поэтому выборъ связанъ съ личностью раба или сына.

По древне-римскому праву, сынъ, какъ извѣстно, не могъ владѣть имуществомъ, какъ и рабъ. Все, что сынъ приобреталъ, онъ приобреталъ не себѣ, а своему властелину, т. е. отцу, точно также какъ приобретение, сдѣланное рабомъ, принадлежало господину. Если рабу или сыну было что нибудь обѣщано, то господинъ или отецъ становился непосредственнымъ кредиторомъ, а не рабъ или сынъ. Правило это осталось въ силѣ и въ новѣйшемъ Римскомъ правѣ, хотя тутъ сынъ, уже во многихъ отношеніяхъ, способенъ владѣть собственностью и приобретать для себя самаго. Павелъ имѣетъ въ виду тотъ случай, когда рабъ или сынъ выговорилъ себѣ illam aut illam rem, utram ego velim. Хотя требованіе принадлежитъ господину или отцу, выборъ все таки остается за рабомъ или сыномъ.

Положеніе это подтверждается

I. 141. pr. de verbor. obl. 45. 1.
Gaius lib. II de verb. obl.

Si servus aut filius familias ita stipulatus sit: illam rem aut illam, utram ego velim, non pater dominusve, sed filius servusve destina- re de alterutra debet.

Если рабъ или сынъ стипулировалъ себѣ такимъ образомъ: одну или другую вещь, которую я захочу, то ни отецъ, ни господинъ, но сынъ или рабъ долженъ опредѣлять, которую именно.

Въ настоящее время это положеніе является непонятнымъ. Нельзя представить себѣ, почему именно въ этомъ случаѣ выборъ долженъ считаться болѣе личнымъ, чѣмъ во всякомъ другомъ. Если здѣсь выборъ въ высшей степени личенъ, то слѣдовало бы, чтобъ онъ былъ таковымъ и тогда, когда не находящееся въ чьей либо власти лицо альтернативно выговариваетъ себѣ что нибудь, съ правомъ выбора. Если же тамъ нѣтъ въ высшей степени личнаго выбора, то почему онъ долженъ быть здѣсь?

Очевидно, что мы имѣемъ дѣло съ институтомъ, остановившимся въ своемъ развитіи и недостигшимъ гармонической законченности.

Древнѣйшій принципъ личности выбора мало по малу былъ совсѣмъ

почти устранены рядом весьма существенных исключений. Это те исключения, которые содержат новейший юридический принцип, касательно права выбора.

При этом сохранился, однако, один практический вывод из древнего принципа, как непригодный обломок разрушившагося юридического строения.

Но чем объяснить возникновение древнего принципа? Это объяснение, мы думаем, легко найти, если только вспомнить, с каким упорством Римляне придерживались связи обязательственного права вообще с первоначальным субъектом. Когда, современем, стало необходимым допускать преемство в обязательствах вообще, то это было сделано и относительно права выбора.

Другое объяснение следовало бы искать в строгом толковании договоров. Если кто говорилъ *seeb̄ illam aut illam rem, utrum ego velim*, то строго придерживался этого «ego» и поступал здесь точно таким образом, какъ в случае, когда выборъ предоставленъ третьему лицу. Но мало по малу, вероятно, вышло из употребления строгое толкование, сначала может быть в области договоров на вѣру, а затемъ только относительно другихъ обязательствъ.

Если это объяснение вѣрно, то вопросъ о личномъ элементѣ права выбора важенъ только относительно того случая, когда касательно права выбора было сделано особое опредѣленіе въ договорѣ, потому что въ такомъ только случаѣ могло бы имѣть мѣсто строгое толкование воли сторонъ. Вопросъ о личномъ элементѣ права выбора является, послѣ этого разъясненія, только вопросомъ толкованія.

Это разъяснение подтверждается, может быть, I. 141 pr. и § 1, de Verbor. obl. 45. 1, въ которой Гай сопоставляетъ случай, когда стипуляторъ опредѣленно выговариваетъ себѣ право выбора, со случаемъ, когда выборъ предоставленъ третьему лицу.

Si servus aut filius familias ita stipulatus sit: illam rem aut illam rem aut illam rem, utram ego velim? non pater dominusve, sed filius servusve destin- Если рабъ или сынъ, находящійся подъ властью отца, стипулировать себѣ такимъ образомъ: ты или другую вещь, которую я захо-

re de alterutra debet, § 1. Extra- чу, то ни отецъ, ни господинъ, а
nei quoque persona si comprehen- сынъ или рабъ долженъ назначить,
sa fuerit veluti hoc modo: utram которую именно изъ нихъ, § 1. Такъ
earum Titius elegerit, non aliter sti- же, если стороннее лицо принято въ
pulator alterutrius petendae faculta- обязательство, такимъ образомъ
tem habet, quam si Titius elegerit напяримѣрь: которую изъ нихъ вы-

береть Тицій, то стипуляторъ не имѣетъ права требовать одну изъ нихъ, прежде чѣмъ Тицій выберетъ.

§ 3.

Право выбора, принадлежащее должнику.

Легко возможно, что въ древнемъ римскомъ правѣ право выбора, принадлежащее должнику, также считалось въ высшей степени личнымъ, именно въ томъ случаѣ, если право выбора опредѣленно установлено было, по договору, въ пользу должника. Въ дошедшихъ до насъ источникахъ не сохранилось и слѣда подобнаго законоположенія. Мы не имѣемъ, поэтому, никакого основанія говорить о личномъ элементѣ права выбора на сторонѣ должника, тѣмъ болѣе, что и на сторонѣ вѣрителя личный элементъ права выбора является почти анахронизмомъ. Скорѣе слѣдуетъ сказать, что право выбора, предоставленное должнику, связано съ обязательствомъ, но не съ личностью.

Выше нами доказано было по источникамъ, что право выбора, предоставленное должнику, переходитъ, по закону, къ его наслѣдникамъ. Переходъ права выбора, принадлежащаго должнику, не имѣетъ здесь впрочемъ практическаго значенія. Еслибы наслѣдники не получали права выбора по наслѣдству, оно бы предоставлялось имъ, какъ должникамъ.

§ 4.

Передача права выбора.

Может ли вѣритель или должникъ, пользующійся правомъ выбора, передавать свое право другому?

Нѣкоторые отвѣчаютъ на этотъ вопросъ отрицательно, мотивируя это тѣмъ, что право выбора, по существу своему, есть неразлучное и неотдѣлимое дополнение обязательства ¹⁾.

Но это не болѣе, какъ *petitio principii*. Въ этомъ именно и состоитъ вопросъ: составляетъ ли право выбора неотдѣлимый элементъ обязательства?

Нѣкоторые думаютъ ²⁾, что приобрѣтеніе одного права выбора, безъ обязательства, не могло бы имѣть для приобрѣтателя никакого имущественнаго значенія. Но и это не болѣе какъ *petitio principii*. Почему, именно, право выбора, само по себѣ, не можетъ иногда имѣть весьма значительное экономическое достоинство? Нужно, мы думаемъ, немного юридической фантазій для того, чтобы представить себѣ случай, въ которомъ право выбора, само по себѣ, цѣнилось бы очень высоко.

Дѣло могло бы еще подлежать сомнѣнію по Римскому праву, но, по новѣйшимъ юридическимъ воззрѣніямъ, нужно, по нашему мнѣнію, отвѣтить на этотъ вопросъ вполне утвердительно. Мы можемъ несомнѣнно осуществлять свое право выбора черезъ повѣреннаго: отчего же намъ нельзя было бы передавать это право третьему лицу?

Если право выбора передано третьему лицу, то такой случай слѣдуетъ, какъ мы полагаемъ, разсматривать по аналогіи съ передачей правъ по обязательствамъ. Относительно другаго контрагента передача права выбора получаетъ обязательную силу только тогда, если онъ былъ извѣщенъ о состоявшейся передачѣ.

¹⁾ Такъ Thibaut въ Braun's Erörterungen стр. 109.

²⁾ Thielemann de obl. alternativa, p. 43.

Все это, естественно, не болѣе какъ гипотетическія положенія. Мы не намѣрены излагать полную теорію передачи права выбора. Предметъ этотъ до настоящаго времени едва только затронуть въ юридической литературѣ. Но онъ вполне заслуживаетъ особеннаго разсмотрѣнія.

§ 5.

Новѣйшія законодательства.

1. Французское правовѣденіе, насколько намъ извѣстно, вовсе не разсматриваетъ специально вопросъ о личности права выбора. Оно говоритъ только о наслѣдованіи права выбора, а не вообще о передачѣ его. Но не можетъ подлежать сомнѣнію, что право выбора передается вмѣстѣ съ обязательствомъ. Если должно признать общимъ принципомъ уже и римскаго права, что право выбора не связано неразрывно съ личностью, то тѣмъ болѣе это можно сказать относительно французскаго права, въ которомъ римское исключеніе изъ этого принципа не имѣетъ никакого практическаго значенія.

2. По австрійскому законодательству слѣдуетъ различать:

если раздѣлительное обязательство возникаетъ изъ сдѣлки между живыми, то право выбора, какъ и всякое другое право, переходитъ къ наслѣдникамъ вѣрителя;

если же раздѣлительное обязательство установлено духовнымъ завѣщаніемъ и право выбора предоставлено легатарію, то въ такомъ случаѣ право выбора считается въ высшей степени личнымъ. Если легатарій не осуществилъ своего права, то отказъ, правда, не уничтожается, но право выбора должно осуществиться судебной властью. Этотъ случай разсматривается такимъ же образомъ, какъ и тотъ, когда выборъ предоставленъ третьему лицу ¹⁾.

¹⁾ Allg. Bürg. Gesetz. A. 918. 659. Kirchstetter-Comment. zum Allg. Bürg. Gesetz. ad A. 807.

3. Прусское земельное право видитъ въ выборѣ—какъ мы послѣ докажемъ это—нѣкотораго рода условіе. Не смотря на то, оно признаетъ переходъ права выбора къ наследникамъ избирателя ¹⁾.

4. Баварскій проектъ содержитъ слѣдующее постановленіе:

Статья 259. Право выбора, предоставленное какъ вѣрителю, такъ и должнику, переходитъ къ наследникамъ.

Право выбора, принадлежащее вѣрителю, переходитъ и къ тому, кому уступлено или отказано соединенное съ правомъ выбора право требованія по обязательству.

Право выбора, принадлежащее должнику, распространяется и на того, который принимаетъ на себя соединенное съ правомъ выбора обязательство.

5. Гражданскіе законы Остзейскихъ губерній на этотъ предметъ столь же ясны и опредѣленны, какъ и Баварскій проектъ:

Статья 2929. Если должникъ и кредиторъ не воспользовались предоставленнымъ имъ правомъ выбора, то оно переходитъ на ихъ наследниковъ и другихъ преемниковъ, въ томъ числѣ и на тѣхъ, кому они передали свои права.

РАЗДѢЛЪ VI.

ВЛИЯНІЕ ЗАБЛУЖДЕНІЯ НА ПРАВО ВЫБОРА.

а) заблужденіе со стороны должника.

Condictio indebiti.

§ 1.

Общія положенія.

Лицо, считающее себя по ошибкѣ обязаннымъ къ какому либо дѣйствію, и исполнивши это обязательство, имѣетъ право требовать обратно предметъ обязательства.

¹⁾ Koch, Recht der forderungen. Bd. I. § 5.

Право это и возникающій изъ него искъ называются *condictio indebiti*. Въ сущности это есть ничто иное, какъ примѣненіе болѣе общаго положенія Римскаго права, по которому всякое лицо, обогатившееся безъ правильнаго основанія, вознаграждаетъ того, имущество котораго послужило источникомъ обогащенія ¹⁾.

Спрашивается, какое вліяніе оказываетъ заблужденіе должника на раздѣлительное обязательство? Здѣсь можно различать слѣдующіе случаи:

1. Должникъ полагаетъ, что обязательство его простое, что предметъ послѣдняго исключительно одно опредѣленное дѣйствіе, которое и исполняется имъ.

Напримѣръ: наследодатель отказалъ кому нибудь по завѣщанію опредѣленную картину; въ послѣдующемъ же прибавленіи къ завѣщанію (*codicilli*) онъ измѣняетъ свое первоначальное распоряженіе и отказываетъ легатарію или упомянутую картину или сумму 500 р. Послѣ смерти наследодателя прибавленіе къ завѣщанію не оказывается. Основываясь на завѣщаніи, наследникъ, считая себя обязаннымъ только къ выдачѣ картины, исполняетъ возложенное на него обязательство. Черезъ нѣсколько времени оказывается прибавленіе къ завѣщанію, и теперь только наследникъ узнаетъ, что предметъ его обязательства вовсе не заключался въ одной картинѣ, и что взамѣнъ ея онъ имѣлъ право выдать легатарію 500 р., что обязательство его, слѣдовательно, было не простое, а раздѣлительное ²⁾.

Здѣсь можетъ случиться, что должникъ по ошибкѣ

а) отдаетъ одну вещь цѣликомъ, или

б) только часть вещи.

Оба эти случая, какъ мы скоро увидимъ, существенно между собою различны.

2. Должникъ, обязанный сдѣлать одинъ или другой взносъ, считаетъ

¹⁾ I 1 § 3 de cond. sine causa 12, 7. I 25 de act. rer. amot. 25, 2.

²⁾ Примѣръ этотъ взятъ изъ Pothier. Traité des obligations, № 255.

себя обязаннымъ произвести оба названные взноса, т. е. онъ, по ошибкѣ, считаетъ себя *кумулятивно* обязаннымъ, между тѣмъ какъ на самомъ дѣлѣ обязательство его есть только раздѣлительное, и исполняетъ оба эти дѣйствія; впоследствии только онъ узнаетъ свою ошибку. Такой случай напримѣръ представляется, когда, вслѣдствіе ошибки переписчика договорнаго акта, помѣщено слова «и» вмѣсто «или»¹⁾.

Казустика даннаго случая особенно богата и разнообразна:

- а) должникъ цѣлкомъ и одновременно дѣлаетъ оба взноса;
 - б) должникъ дѣлаетъ оба взноса одновременно, но частью;
 - в) должникъ дѣлаетъ оба взноса сполна, но одинъ послѣ другаго;
 - г) должникъ дѣлаетъ оба взноса только частью, но также одновременно;
 - д) должникъ вноситъ одновременно одинъ изъ предметовъ сполна, а другой только частью;
 - е) должникъ вноситъ сначала одинъ изъ предметовъ сполна, а затѣмъ другой частью;
 - ж) должникъ вноситъ сначала одинъ изъ предметовъ частью, а затѣмъ другой сполна.
- Перейдемъ теперь къ разбору всѣхъ повмѣнованныхъ случаевъ.

§ 2.

I. Группа случаевъ.

1. Должникъ считаетъ себя обязаннымъ къ исполненію одного опредѣленнаго дѣйствія, между тѣмъ какъ обязательство его раздѣлительное, и исполняетъ сполна то дѣйствіе, къ которому онъ по ошибкѣ считаетъ себя обязаннымъ. Имѣетъ ли онъ въ этомъ случаѣ право требовать выдачи ему обратно предмета уплаты, и замѣнить его другимъ?

¹⁾ Pothier Traité des obligations n. 257.

Въ Римскомъ правѣ мы встрѣчаемъ два противоположныя другъ другу мнѣнія: Цельзъ говоритъ въ 18-ой книгѣ своихъ Дигестъ.

l. 19 de legatis. et fideicommissis II. (31).

Si damnatus heres alterutrum dare, Stichum dederit, quum ignoret, sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.

Если наследникъ, будучи обязанъ по завѣщанію отдать кому либо Стиха или Памфила, отдаетъ Стиха, то онъ не вправе потребовать его обратно, на томъ основаніи, что онъ не зналъ, что ему принадлежитъ выборъ между Стихомъ и Памфиломъ.

Противуположное мнѣніе поддерживается Юліаномъ, который въ 10-ой книгѣ своихъ Дигестъ объясняетъ:

l. 32, § 3 de condictione indebiti 12,6.

Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet; et ideo, si, quum existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit.

Кто обѣщаетъ раба вообще, подобенъ тому, который долженъ раба или десять; поэтому если онъ отдастъ Стиха, полагая, что онъ его обѣщалъ, онъ вправе будетъ требовать его возвращенія и, отдачей другаго какого либо раба, освободиться отъ обязательства.

Противорѣчіе между двумя юристами очевидно. Не менѣе поразительно противорѣчіе между двумя статьями одного и того же кодекса который, по словамъ законодателя, представляетъ собою одно гармоническое цѣлое. Трудно предположить, что оба противурѣчающія другъ другу статьи были приняты вслѣдствіе однихъ только историческихъ соображеній; въ такомъ случаѣ законодатель не упустилъ бы выразить свой собственный взглядъ, согласный съ тѣмъ или другимъ мнѣніемъ, чего онъ однако не сдѣлалъ. Спрашивается: котораго изъ

юристовъ взглядъ вѣренъ и согласенъ съ сущностью дѣла, и какимъ образомъ, по Юстинианову праву, пришлось бы разрѣшить вопросъ?

Для того необходимо возвратиться къ различнымъ основнымъ воззрѣнiямъ на раздѣлительное обязательство. Если мы будемъ держаться того мнѣнiя, что обѣ вещи составляютъ предметъ раздѣлительнаго обязательства, и что должникъ освобождается отъ доставленiя одного изъ нихъ, если онъ внесетъ другой, то понятно, что о правѣ обратнаго требованiя не можетъ быть рѣчи; въ самомъ дѣлѣ, должникъ исполнилъ только то, къ чему онъ былъ обязанъ.

Изъ рѣшенiя, которое даетъ Цельзъ, можно съ значительною степенью вѣроятности сдѣлать заключенiе объ основномъ принципѣ, которыми руководствовался этотъ юристъ.

Дѣло представится конечно въ совершенно иномъ видѣ, если мы будемъ держаться того мнѣнiя, что только одинъ взносъ состоитъ предметомъ обязательства, а именно тотъ, который впоследствии избирается. Въ этомъ случаѣ мы конечно будемъ вправѣ говорить объ *indebitum*. Доставленная вещь не было избрана, и посему она и не составляла предмета обязательства; избранная, вещь, предметъ обязательства, не доставлена. На этомъ основанiи *condictio indebiti*, безъ сомнѣнiя, должна имѣть мѣсто. Юлианъ предоставляетъ должнику *condictio indebiti*, и изъ этого мы опять вправѣ сдѣлать заключенiе объ основномъ взглядѣ этого юриста.

Мы тотчасъ докажемъ, что духу Юстинианова права соответствуетъ только взглядъ Юлиана.

§ 3.

продолженiе.

2. Должникъ считаетъ себя обязаннымъ къ внесенiю исключительно одного только предмета, и вноситъ часть его.

Тѣ, которые считаютъ обѣ вещи предметомъ обязательства въ этомъ случаѣ конечно не предоставятъ право немедленнаго обратнаго тре-

бованiя; послѣднее можетъ быть допущено только тогда, когда и другая вещь будетъ внесена сполна. Этому мнѣнiю совершенно послѣдовательнымъ образомъ придерживается Цельзъ.

l. 26 § 13 de cond. indeb. 12. 6.

Ulp. l. XXVI ad edictum.

Si decem aut Stichum stipulatus, solvam quinque, quaeritur an possim condicere?... Placuit autem, ut Celsus libro VI et Marcellus l. XX. Digestorum scripsit... *si Stichum praesitisset quinque eum posse condicere quasi inlebita.*

Если, обѣщавъ десять или Стиха, заплачу пять, то могу ли, спрашивается, ихъ требовать обратно?... Принято, какъ пишутъ Цельзъ въ 6-й и Марцеллъ въ 20-й книгѣ Digestъ, что... по доставленiи Стиха должникъ имѣетъ право требовать возвращенiя пяти, какъ сумма не должной вовсе.

Итакъ не одинъ только Цельзъ держался этого мнѣнiя, его раздѣлялъ и Марцеллъ, который поэтому, по всей вѣроятности, соглашался съ Цельзомъ въ основномъ его принципѣ. Не безъ нѣкотораго удивленiя мы встрѣчаемъ и Ульпиана на сторонѣ тѣхъ, которые должника, въ раздѣлительномъ обязательствѣ, считаютъ обязаннымъ относительно обонхъ предметовъ, хотя выборъ принадлежитъ ему.

Тѣ же, которые признаютъ, что предметомъ обязательства состоитъ только та вещь, которая впоследствии дѣйствительно избирается—тѣ, при внесенiи части одной вещи, должны будутъ допустить право требовать *немедленно* обратно уплаченную часть. Такъ поступаютъ юристы Павелъ.

l. 2 § 1 de Verb. Obl. XLV. 1.

Paulus libro XII ad Sabinum.

§ 1... *quaedam (obligationes) partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti quum hominem generaliter stipulor...*

Нѣкоторыя обязательства, по природѣ своей, допускаютъ частичную уплату, но если не отданъ весь предметъ, обязательство не погашается; напримѣръ, если я

Nam si Stichus pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est; sed aut statim reperi potest, aut in pendentibus est, donec alius detur. Eiusdem conditionis est haec stipulatio, Stichum aut Pamphilum dari?

выговариваю себя, по стипуляции, раба вообще... потому если отдана часть Стиха, то из этого не возникает освобождение от части обязательства, но или отданное может быть немедленно потребовано обратно, или погашение стипуляции остается неразрешенным, пока не отдан другой раб. Такого же рода будет и следующая стипуляция: обещаешь ли дать Стиха или Памфила?

Из этого рѣшенія Павла можно сдѣлать обратное заключеніе объ основномъ принципѣ, котораго держался этотъ юристъ.

О приведенномъ цитатѣ сдѣлаемъ еще маленькое замѣчаніе. Можно поставить вопросъ, относится ли вообще приведенное мѣсто собственно къ *condictio indebiti*; въ немъ, правда, говорится о требованіи обратно части объекта, но не видно, отдана ли часть этого объекта по заблужденію. Мы должны признать, что вопросъ этотъ представляется бесполезнымъ. Если мы допустимъ право немедленно требовать обратно часть объекта, которая была отдана вполне сознательно, то ясно, что право это еще болѣе должно быть допущено, если выдача совершилась влѣдствіе ошибки.

§ 4.

II. Группа случаевъ.

1. Должникъ по раздѣлительному обязательству ошибочно думаетъ, что онъ долженъ обѣ вещи кумулятивно и одновременно выдать ихъ кредитору.

Изъ какой точки зрѣнія мы бы ни исходили, въ одномъ не будетъ сомнѣнія, что одна изъ вещей выдана излишне. Поэтому, по обоимъ

основнымъ воззрѣніямъ, должнику должна быть предоставлена *condictio indebiti*.

Одна изъ вещей выдана излишне, но, спрашивается, которая? другими словами: кому будетъ принадлежать право выбора вещи, которая должна быть возвращена, бывшему ли кредитору, который теперь является должникомъ, или бывшему должнику — теперешнему кредитору?

Тѣ, которые признаютъ, что обѣ вещи составляютъ предметъ раздѣлительнаго обязательства, должны признать право выбора за прежнимъ кредиторомъ. Ни обѣ одной изъ выданныхъ вещей должникъ не вправе сказать, что онъ не былъ обязанъ ее выдать. Если бы онъ захотѣлъ сдѣлать предметомъ своего иска одну только вещь, то пришлось бы отказать ему въ искѣ. Другое дѣло, если бы онъ направилъ свой искъ раздѣлительно на ту или другую вещь, ибо обѣ одномъ изъ обонхъ объектовъ кредитору придется признать, что онъ былъ имъ полученъ излишне.

Цельзъ и Марцеллъ и, можетъ быть, и Ульпіанъ, должны бы были поэтому предоставить право выбора прежнему кредитору, т. е. теперешнему должнику. Такъ оно и есть.

L. 26 § 13 de condictione indebiti 12. 6.

Ulpianus L. XXVI ad edictum.

Si decem aut Stichum stipulatus, solvam quinque... si post soluta quinque et Stichus solvatur, et malim ego habere quinque et Stichum reddere, an sim audiendus quacrit Celsus... Et putat nam esse quinque condictionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur.

Еслибъ я, обязавшись дать Стиха или десять, заплатилъ пять... елибъ, по уплатѣ пяти, былъ выданъ и Стихъ, и я бы предпочелъ удержать пять и возратить Стиха, можетъ ли это быть допущено? спрашиваетъ Цельзъ. И онъ полагаетъ, что имѣетъ мѣсто право обратнаго требованія пяти, хотя бы мнѣ, если бы оба объекта были уплачены одновременно и

принадлежало право удержать: что мнѣ угодно.

Цельзъ слѣдовательно различаетъ:

Если должникъ выдалъ часть одного объекта, а затѣмъ другой объектъ сполна, то ему безусловно принадлежитъ право требовать обратно сперва выданную часть объекта; прежній кредиторъ не имѣетъ права выбора, права удержать сперва выданную часть объекта, и возвратитъ потомъ вещь, выданную сполна. (Мы вносимъ въ этотъ случай).

Другое дѣло, по мнѣнію Цельза, когда оба объекта одновременно выданы сполна. Въ этомъ случаѣ прежній кредиторъ дѣйствительно имѣетъ право избрать тотъ изъ объектовъ, который онъ предпочтетъ возвратитъ.

l. 10 C. de condictione indebiti IV. 5.

Imp. Justin. A. Juliano P. P.

Si quis servum certi nominis aut quandam solidorum quantitatem vel aliam rem promiserit, et quum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit, dubitabitur cuius rei datur a legibus ei repetitio, utrumne servi an pecuniae, et ulrum stipulator an promissor habeat hucus rei facultatem. Et Ulpianus quidem electionem ei praestat, qui utrumque accepit, ut hoc reddat, quod sibi placuerit, et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert.

Если кто либо обѣщалъ дать опредѣленнаго раба или извѣстную сумму солдодовъ или нѣчто другое, и имѣя возможность исполнить обязательство уплатою одного изъ названныхъ объектовъ, но невѣдѣнію передалъ оба, то было сомнительно, который изъ объектовъ законъ предоставлялъ ему требовать обратно, раба или деньги, и принадлежалъ ли выборъ должнику или кредитору? Ульпіанъ предоставляетъ право выбора тому, который получилъ оба объекта, и ссылается на Марцелла и Цельза какъ на сторонниковъ этого взгляда.

Предполагая же, напротивъ, что предметомъ раздѣлительнаго обязательства служатъ только та вещь, которая выбирается должникомъ,

придется предоставить право выбора прежнему должнику, на томъ основаніи, что только та изъ уплаченныхъ вещей можетъ быть сочтена предметомъ обязательства, которая должникомъ будетъ признана таковою. Поэтому Юліанъ и Павелъ должны были бы предоставить право выбора прежнему должнику.

И это предположеніе оказывается совершенно согласнымъ съ источниками, изъ которыхъ мы промѣ того узнаемъ, что и Папиніанъ былъ того же мнѣнія.

Изложивъ, какъ выше приведено, мнѣнія Ульпіана, Цельза и Марцелла, Юстиніанъ продолжаетъ какъ слѣдуетъ ¹⁾:

Papinianus autem ipsi qui utrumque persolvit electionem donat, qui et antequam dependat ipse habet electionem quod velit praestare, et huiusmodi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Julianum, summae auctoritatis hominem et praetoriani ediculi ordinatorem.

Папиніанъ же предоставляетъ выборъ тому, кто далъ обѣ вещи, такъ какъ и до исполненія обязательства онъ имѣлъ это право; и въ подтвержденіе этого мнѣнія онъ приводитъ авторитетъ Сальвія Юліана, составителя преторскаго эдикта.

Юстиніанъ называетъ только Папиніана и Юліана. Сходный съ ихъ мнѣніями взглядъ Павла мы узнаемъ изъ l. 21 d. condictione indebiti, мѣсто, которое намъ придется разсмотрѣть въ подробности ниже.

Вопроса о томъ, имѣетъ ли вообще должникъ по раздѣлительному обязательству право требовать обратно вещь, которую онъ выдалъ вслѣдствіе ошибки, предполагая, что онъ исключительно долженъ только эту вещь—Юстиніанъ вовсе не коснулся. Что же касается вопроса, которымъ мы занимаемся теперь, то Юстиніанъ, изложивъ (l. 10. C. de condictione indebiti IV, 5) различныя мнѣнія, и назвавъ главнѣйшихъ ихъ представителей, постановляетъ:

Nobis haec decidentibus Juliani et Papiniani sententia placet

Разрѣшая настоящій вопросъ, мы предпочитаемъ мнѣніе Юліана

¹⁾ l. 10. C. de condictione indebiti IV 5.

ut ipse habent electionem recipien- на и Папиніана; пусть поэтому
di qui et dandi habuit. тотъ, который имѣлъ право вы-
бора при уплатѣ, имѣеть это пра-
во и при обратномъ требованіи.

Если бы было дозволено изъ этого рѣшенія вывести заклю-
ченіе, что Юстиніанъ во всѣхъ вопросахъ, касающихся *condictio*
indebiti, неходитъ изъ той точки зрѣнія, которая ведетъ къ при-
веденному рѣшенію, то разрѣшеніемъ настоящаго спора былъ бы
разрѣшенъ и другой, т. е. въ духѣ Юстиніана должнику должно бы
быть предоставлено безусловно право обратнаго требованія, если онъ
уплатилъ одну вещь, считая себя обязаннымъ по простому обязатель-
ству.

Юстиніанъ, безъ сомнѣнія, былъ правъ, предоставляя, по примѣру Па-
пиніана и Юліана, право выбора, въ только что разсмотрѣнномъ нами
случаѣ, бывшему должнику, а не бывшему кредитору. Онъ былъ правъ
не потому, что настоящее разрѣшеніе вопроса послѣдовательно про-
истекаетъ изъ принципа, по силѣ котораго одна только вещь имен-
но вполнѣ избранная, признается предметомъ обязательства, и
ибо вѣрность этого принципа еще не доказана. Основаніе, оправды-
вающее взглядъ Юстиніана, совсѣмъ другаго рода.

Какимъ образомъ, спрашивается, кредиторъ по раздѣлительному обя-
зательству, имѣвшій право получить только одну или другую вещь,
могъ принять обѣ вещи? Если допустить, что онъ сдѣлалъ это по
ошибкѣ, то не усматривается, на какомъ юридическомъ основаніи для
него изъ ошибки могутъ проистекать права, которыми бы онъ не поль-
зовался безъ ошибки? если же онъ поступилъ недобросовѣстно, поль-
зуясь ошибкою должника, то уже никакъ нельзя допустить предостав-
ленія ему права, которое было бы какъ бы вознагражденіемъ за недоб-
росовѣстныя его дѣйствія.

Кромѣ того предоставленіе права выбора бывшему кредитору идетъ
въ разрѣзъ съ сущностью *condictio indebiti*, которая, главнымъ обра-
зомъ, направлена къ тому, чтобы возстановить по возможности отно-
шенія въ томъ видѣ, въ какомъ они существовали до ошибки. Не будь

ошибки, право выбора принадлежало бы бывшему должнику. Еслибы
прежній должникъ и лишился вслѣдствіе ошибки принадлежащаго ему
права выбора, то и въ такомъ случаѣ онъ могъ бы требовать возста-
новленія его. Ясно, что самый простой способъ этого возстановле-
нія состоитъ въ непосредственномъ осуществленіи права.

§ 5.

продолженіе.

2. Должникъ по ошибкѣ выдалъ одновременно часть какъ одна-
го, такъ и другаго предмета.

Если обѣ вещи считаются въ долгу и притомъ каждая изъ нихъ до
тѣхъ поръ, пока другая не выдана сполна, то вообще не можетъ быть
рѣчи о правѣ обратнаго требованія бывшаго должника. Кредиторъ
удерживаетъ части полученныхъ вещей до тѣхъ поръ, пока одна изъ
вещей не будетъ выдана ему сполна. Тогда только возникаетъ *con-*
dictio, indebiti по отношенію къ излишне выданной части другаго
объекта.

Если же предметомъ обязательства есть только одна та вещь, ко-
торая вполнѣ избрана и выдана кредитору сполна, то обѣ
одновременно выданныя части, какъ одной, такъ и другой вещи, *inde-*
bita, и поэтому могутъ быть потребованы обратно.

3. Должникъ по ошибкѣ выдалъ часть какъ одной, такъ и другой
вещи, но не одновременно.

Этотъ случай разрѣшается такимъ же образомъ, какъ предъидущій,
и на томъ же основаніи.

4. Должникъ по ошибкѣ доставилъ обѣ вещи, но не одновременно,
а одну за другой.

Если признать, что обѣ вещи составляютъ предметъ обязательства,
то обязательство вслѣдствіе выдачи первой вещи является совершенно
выполненнымъ, и затѣмъ, вторая только вещь будетъ *indebitum*.
Право обратнаго требованія вовсе не имѣеть раздѣлительнаго харак-

тера; о выборѣ здѣсь нѣтъ рѣчи; возвращенію подлежитъ только вторая вещь.

Если считать предметомъ обязательства только тотъ предметъ, который впоследствии избирается, то вопросъ разрѣшается точно такимъ же образомъ, какъ еслибы должникъ выдалъ обѣ вещи одновременно. Въ томъ и другомъ случаѣ онъ сохраняетъ свое право выбора.

5. Должникъ доставлялъ одновременно одну изъ вещей сполна и часть другой вещи.

Если обѣ вещи состояли въ долгу, но каждая изъ нихъ лишь до тѣхъ поръ, пока другая не была выдана сполна, то выдачею одной изъ нихъ сполна обязательство выполнено. О выборѣ здѣсь не можетъ быть рѣчи; право обратнаго требованія не имѣетъ раздѣлительнаго характера, потому что оно направлено единственно на частичную уплату.

Если же, напротивъ, та только вещь считается предметомъ обязательства, которую должникъ дѣйствительно избираетъ, то обѣ выданныя вещи могутъ быть вѣтребованы обратно: выданная сполна, потому что она не была выбрана; часть, потому что только цѣлое было предметомъ обязательства.

6 и 7. Должникъ выдаетъ сперва одну вещь, а потомъ часть другой вещи, или наоборотъ.

Оба эти случая, на основаніяхъ уже изложенныхъ, разрѣшаются точно также какъ разсмотрѣнный подъ цифрою 5 случай.

Подтвержденіе этого мнѣнія, касательно того случая, когда выдана сперва часть одного, а потомъ весь другой предметъ сполна, мы находимъ въ многократно уже приведенной

l. 26 § 13 de cond. indeb. 12. 6.

Ulpianus libro XXVI ad edictum.

Si decem aut Stichum stipulatus salvam quinque... si post soluta quinque et Stichus solvatur et malim ego habere quinque et Stichum reddere an sim audien- Если, обѣщавъ десять или Стиха, заплачу пять... если по уплатѣ пяти будетъ уплаченъ и Стихъ, и я захочу удержать эти пять и возвратитъ Стиха, то можетъ ли

Et putat это быть допущено, спрашиваетъ *nutam esse quinque conditionem.* Цельзь... И полагаетъ онъ, что

возникло право требовать обратно уплаченные пять.

Нельзя упускать изъ виду, при толкованіи этого мѣста, что Цельзь придерживался мнѣнія, по которому обѣ вещи считаются предметомъ обязательства.

§ 6.

б. Ошибка со стороны кредитора.

Ошибка кредитора при выборѣ можетъ имѣть мѣсто въ двоякомъ отношеніи:

1. Кредиторъ полагаетъ, что онъ вправѣ требовать исключительно объектъ *a*, между тѣмъ какъ ему принадлежитъ право выбора между объектами *a* и *b*. Есть ли при этомъ возможность избѣгнуть послѣдствій ошибки?

Случай этотъ спеціально разсматривается Цельзомъ въ вышеприведенной

l. 19 de legatis II. (31).

Celsus l. XVIII. Digestorum.

Si is cui legatus sit Stichus aut Pamphilus, quum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, *amplius mutandae vindicationis jus non habet.* Если тотъ, которому отказанъ Стихъ или Памфилъ, требовалъ Стиха, потому что онъ полагалъ, что исключительно послѣдній ему отказанъ, то онъ не вправѣ измѣнить предметъ своего иска.

Это рѣшеніе Цельза прямо объясняется изъ основнаго его взгляда. Кредиторъ вовсе не ошибается на счетъ предмета обязательства, онъ просто требуетъ то, что ему обязаны выдать. Цельзь разрѣшаетъ случай точно также какъ аналогичный случай ошибки должника, которому

принадлежитъ право выбора. Онъ и проводитъ параллель между этими двумя случаями. Высказавъ только что приведенное мнѣніе, онъ продолжаетъ:

lanquam si damnatus heres alterum dare, Stichum dederit quum ignoret si permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit. точно также такъ и наслѣдникъ не имѣетъ обратнаго требованія, если былъ обязанъ дать одного изъ двухъ и выдалъ Стиха, не зная, что онъ могъ выдать и Памфила.

Мнѣніе Цельза, по всей вѣроятности, подвергалось оспариванью какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ случаѣ. Мы заключаемъ это уже изъ сдѣланнаго Цельзомъ сопоставленія.

Тотъ же самый параллелизмъ, который побуждалъ Цельза отказывать кредитору въ правѣ измѣнить разъ сдѣланный выборъ, долженъ былъ склонить другихъ юристовъ, придерживавшихся точки зрѣнія противоположной взгляду Цельза, къ противоположному рѣшенію. Допуская, что предметъ раздѣлительнаго обязательства составляетъ только та вещь, которая избирается впоследствии, то кредиторъ, безъ сомнѣнія, требовалъ выдачи вещи, которую ему не были должны. Такое требованіе, понятнымъ образомъ, не можетъ лишить его дѣйствительно принадлежащаго ему права.

Но какимъ же образомъ помочь кредитору?

По только что объясненному воззрѣнію дѣло весьма просто. Обязательство, объектъ коего есть предметъ *a*, и обязательство, которое простирается раздѣлительно на предметы *a* и *b*, совершенно различны между собой, и отказъ по иску изъ одного обязательства вовсе не предвѣщаетъ иска, проистекающаго изъ другаго обязательства. Если, слѣдовательно, кредиторъ пойметъ, свою ошибку, онъ просто вчиняетъ новый искъ и требуетъ другую вещь.

Но въ положеніе болѣе непріятное здѣсь можетъ быть поставленъ должникъ: если бы онъ, напримѣръ, призналъ требованіе истца при первомъ искѣ, то онъ могъ бы быть обязаннымъ выдать кредитору какъ одинъ такъ и другой объектъ, если бы и второй былъ имъ проигранъ.

Въ этомъ случаѣ должнику представился бы одинъ только исходъ — требовать возстановленія прежняго положенія (*in integrum restitutio*), онъ полагалъ, что кредиторъ, которому принадлежало право выбора, съ полнымъ сознаніемъ вчинилъ первый искъ; но это убѣжденіе проистекло изъ ошибки, которую нельзя не признать извинительною. Въ виду этой ошибки, должникъ долженъ обратиться къ претору съ просьбою отстранить причиненный ему вслѣдствіе ошибки убытокъ, возстановленіемъ, по возможности, того положенія дѣлъ, которое существовало до причиненія убытка ¹⁾.

Если отвергнуть теорію, по силѣ которой въ двухъ помянутыхъ процессахъ заключаются два существенно различныя дѣла, то пришлось бы допустить право кредитора просить, вслѣдствіе ошибки, о возстановленіи прежняго состоянія, и притомъ, по праву до-Юстиніанову, тотчасъ послѣ *litis contestatio*, по Юстиніанову же праву, вслѣдъ за состоявшимся судебнымъ рѣшеніемъ.

2. Если кредиторъ, полагая ошибочно, что онъ имѣетъ право кумулятивно требовать обѣ вещи, на обѣ вещи и вчиняетъ искъ, то должникъ имѣетъ полную возможность защититься обыкновенными процессуальными средствами. Если должникъ, побуждаемый ошибкою, выдалъ бы обѣ вещи, то просто придется примѣнить положеніе обѣ ошибокѣ со стороны должника. Если же онъ, опять таки вслѣдствіе ошибки, проигралъ процессъ, то вопросъ будетъ состоять въ томъ, будетъ ли ошибка такого рода, что преторъ, на основаніи оной, признаетъ возможнымъ допустить *in integrum restitutio*.

¹⁾ Puchta. Pandekten § 100 u. folg.

в. ошибка при выборѣ въ случаѣ участія нѣсколькихъ субъектовъ въ обязательствѣ.

§ 7.

1. Ошибка въ случаѣ участія нѣсколькихъ должниковъ когда участвуютъ не корреальные должники.

1. Имѣется на лицо два должника, и они вмѣстѣ даютъ одну вещь, полагая, что они къ этому обязаны по простому обязательству. Если, вообще, въ подобномъ случаѣ допускается право обратнаго требованія должника, то, при бытности нѣсколькихъ должниковъ, каждому изъ нихъ должно быть предоставлено право требовать назадъ ту часть вещи, которая была имъ дана.

Если оба должника осуществлять свое право, то является рассмотрѣнный уже нами случай неисполненнаго раздѣлительнаго обязательства съ нѣсколькими должниками.

Если только одинъ изъ должниковъ воспользуется своимъ правомъ, то явится опять-таки уже разобранный случай частичнаго выполненія обязательства.

2. Оба должника считаютъ себя кумулятивно обязанными, и вмѣстѣ выдаютъ вещи *a* и *b*, каждый по опредѣленной части каждой изъ двухъ вещей. Одинъ изъ объектовъ безусловно долженъ быть возвращенъ. При предоставленіи права выбора прежнему кредитору, дѣло приметъ слѣдующій видъ: каждый изъ прежнихъ должниковъ требуетъ обратно въ раздѣлительной формѣ или часть объекта *a* или часть объекта *b*, и прежній кредиторъ возвращаетъ часть того объекта, который онъ пожелаетъ вернуть, но во всякомъ случаѣ прежніе должники должны получить вмѣстѣ одинъ изъ объектовъ сполна. Если предоставить право выбора прежнему должнику, то появится раздѣлительное право обратнаго требованія съ нѣсколькими кредиторами, имѣющими право выбора; случай, о которомъ уже выше была рѣчь.

§ 18.

ПРОДОЛЖЕНІЕ.

Когда участвуютъ корреальные должники.

1. Каждый корреальный должникъ отдаетъ одну вещь, полагая, что она именно слѣдуетъ отъ него по одночленному обязательству, или полагая, что обѣ вещи слѣдуютъ совмѣстно,—отдача при этомъ происходитъ одновременно.

Одна изъ внесенныхъ вещей во всякомъ случаѣ состоитъ предметомъ долга и должна быть оставлена за прежнимъ вѣрителемъ.

Несомнѣнно также, что каждый изъ корреальныхъ должниковъ имѣетъ право требовать возвращенія вещи, такъ какъ въ настоящемъ случаѣ, взносъ одной вещи равносильенъ вносу другой, и на оборотъ.

Если оба корреальные должника одновременно предъявляютъ свои обратныя требованія, то все равно, предоставимъ ли право выбора прежнему должнику или прежнему вѣрителю, природа корреальнаго обязательства влечетъ за собою то, что фактически выборъ достается прежнему вѣрителю.

Такъ какъ бывший вѣритель можетъ защищаться противъ каждаго изъ своихъ прежнихъ должниковъ возраженіемъ, что взносъ одного изъ нихъ возвращенъ другому, то изъ этого видно, что бывший вѣритель можетъ, кому изъ бывшихъ своихъ должниковъ онъ пожелаетъ, предоставить выборъ одной изъ внесенныхъ вещей.

Но выборъ лица заключаетъ ли въ себѣ самомъ и выборъ вещи? Долженъ ли бывший вѣритель отдать прежнему должнику, котораго онъ выбралъ, ту же самую вещь, которую этотъ должникъ внесъ, или онъ можетъ, по своему произволу, отдать ему вещь, внесенную другимъ должникомъ?

Въ корреальномъ обязательствѣ, уплата одного корреальнаго должника равносильна уплатѣ другаго должника. Изъ этого можно вывести

что выборъ лица, которому слѣдуетъ возвратитъ одну изъ внесенныхъ вещей, еще не заключаетъ въ себѣ выбора вещи. Вопросъ этотъ впрочемъ весьма спорный.

Павель разсматриваетъ выборъ лица, произведенный вѣрителемъ, обязаннымъ возвратитъ одну изъ внесенныхъ вещей, въ

I. 21 de condict. indeb. XII. 6.

Si duos reos . . . obligationis constitueris, ut puta Stichum, aut Pamphilum, et pariter duos datos... hoc casu (in repetitione) electio est creditoris, cui velit solvere, ut alterius repetitio impediatur.

Если ты назначилъ двухъ должниковъ по одному обязательству, напримеръ, на Стиха или Памфила и оба отданы были въ одно время . . . въ такомъ случаѣ (при возвращеніи) выборъ принадлежитъ кредитору, кому онъ захочетъ уплатить, чтобы устранено было обратное требованіе другаго.

Павель очевидно предполагаетъ тотъ случай, когда бывший кредиторъ, для предупрежденія обратнаго требованія со стороны одного изъ прежнихъ корреальныхъ должниковъ, добровольно возвращаетъ взносъ другому должнику.

Естественно, что и въ этомъ случаѣ выборъ лица предоставленъ бывшему кредитору.

Это рѣшеніе должно было бы, по тѣмъ же основаніямъ, имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, если бы только одинъ изъ корреальныхъ со-должниковъ хотѣлъ осуществить свое право обратнаго требованія.

Приведенное мѣсто изъ Павла можетъ служить также доказательствомъ, что Павель обыкновенно предоставляетъ право выбора прежнему должнику, по ошибкѣ отдавшему обѣ вещи вмѣсто одной. Это выводится особенно изъ словъ *hoc casu*, которыми юристъ хотѣлъ вѣроятно обозначить отступленіе отъ общаго правила.

2. Если одинъ изъ корреальныхъ должниковъ уплатилъ прежде, а другой послѣ, то слѣдуетъ различать:

если обѣ вещи считаются предметомъ долга, то въ такомъ случаѣ

можетъ быть потребована обратно только вещь, отданная позже; единственно она отдана излишне;

если же предметомъ долга будетъ считаться только выбранная вещь то разновременность взносовъ не будетъ имѣть никакого значенія, здѣсь должны примѣняться правила, изложенныя подъ цифрой 1.

§ 9.

ПРОДОЛЖЕНІЕ.

2. Когда нѣсколько вѣрителей въ обязательствѣ.

Со многими вѣрителями могутъ естественно случиться тѣже заблужденія, какъ и съ однимъ вѣрителемъ. Подобные случаи должны быть разрѣшаемы такимъ же путемъ, какъ и случай, когда въ обязательствѣ имѣется только одинъ вѣритель.

Если они считали свое право требованія простымъ, а не раздѣльнымъ, то ихъ заблужденіе по одному возрѣнію, несправимо, по другому же возрѣнію оно исправимо.

Для исправленія заблужденія не требуется вовсе соглашенія вѣрителей. Каждый изъ нихъ, вслѣдствіе своего заблужденія, можетъ быть возстановленъ въ свое прежнее положеніе. Для этого имѣется *in integrum restitutio*, долженствующая возстановить по возможности то положеніе, которое имѣло бы мѣсто, если бы не было заблужденія. Безъ заблужденія не состоялось бы, можетъ быть, и соглашенія между сторонами участвующими въ обязательствѣ.

§ 10.

С. ПОСЛѢДСТВІЯ ЗАБЛУЖДЕНІЯ ПО НОВѢЙШИМЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАМЪ.

1. Французское правовѣденіе въ фундаментальныхъ случаяхъ этого ученія послѣдовательно проводило принципъ, лежащій въ основаніи вышеприведеннаго постановленія Юстиніана.

Кто отдалъ обѣ вещи, полагая, что онъ долженъ внести обѣ, тогда какъ отъ него слѣдовала только одна, тотъ вправе требовать возвращенія одной изъ отданныхъ вещей по своему выбору.

Кто отдалъ одну вещь, не зная, что онъ могъ бы также освободиться чрезъ отдачу другой вещи, тотъ вправе требовать возвращенія внесенной вещи, замѣнивъ ее другою.

Дюмуленъ и Потье устанавливаютъ при этомъ только то ограниченіе, что, если кредиторъ находился въ доброй вѣрѣ, обратное требованіе должно имѣть мѣсто лишь на столько, насколько оно не причиняетъ вѣрителю убытковъ; если, поэтому, кредиторъ, ничего не подозрѣвая, въ доброй вѣрѣ продалъ полученную вещь, то должникъ вправе требовать только ту часть вырученной суммы, которая превосходитъ цѣну вещи, посредствомъ которой проданная могла быть замѣнена.

Если вѣритель принялъ одну вещь, не зная, что онъ вправе требовать другую, то онъ можетъ исправить свою ошибку и требовать другую вещь ¹⁾.

Всѣ приведенныя рѣшенія основаны на томъ воззрѣніи, что предметомъ долга состоитъ только одна вещь—та именно, которая впоследствии выбирается для уплаты. Но французскіе ученые менѣе послѣдовательны въ рѣшеніи другихъ случаевъ.

Если обѣ вещи не внесены одновременно, то *indebitum* должна считаться вещь, отданная второю.

Рѣшеніе это очевидно заключаетъ въ себѣ непослѣдовательность. Оно объяснимо только воззрѣніемъ, по которому обѣ вещи должны съ самаго начала считаться предметомъ долга.

Изъ этого принципа выведены были также слѣдующія рѣшенія:

Если первый взносъ частичный, а второй цѣлостный, то обратно можетъ быть потребованъ только частичный взносъ.

Если въ корреальномъ раздѣлительномъ обязательствѣ обѣ вещи

¹⁾ Dalloz s. v. obligations № 1325, 5502.

Toullier t. 6. № 692.

Pothier—Traité des obligations 255, 256, 257.

внесены обоими корреальными должниками разновременно, то второй взносъ считается *indebitum*.

Если въ подобномъ случаѣ оба вноса произведены были одновременно, то вѣрителю предоставляется выборъ вещи, которая должна быть возвращена.

Въ этомъ послѣднемъ рѣшеніи французскіе юристы слѣдуютъ мнѣнію Павла. Они ошибаются только въ томъ, что считаютъ это рѣшеніе примѣненіемъ общаго правила, по которому, въ раздѣлительномъ обязательствѣ, право выбора принадлежитъ должнику, такъ какъ въ отношеніи обратнаго требованія должникомъ является бывший кредиторъ. Намъ уже извѣстно изъ прежняго, что и противоположное правило должно привести здѣсь къ тому же самому результату.

2. Прусское земское право рассматриваетъ только тотъ случай, когда должникъ отдастъ, по ошибкѣ, обѣ вещи, вмѣсто одной. Выборъ предоставленъ бывшему кредитору ¹⁾.

Изъ этого можно было бы вывести то заключеніе, что по прусскому земскому праву, обѣ вещи считаются предметомъ обязательства. Тогда слѣдовало бы, по смыслу Цельза, опредѣленія котораго придерживается прусское земское право, отказать въ правѣ обратнаго требованія должнику, внесшему одно, не зная, что онъ также дѣйствительно можетъ внести другое. Но прусское правовѣденіе не дѣлаетъ этого вывода, и въ данномъ случаѣ предоставляетъ должнику право обратнаго требованія ²⁾.

3. Австрійское гражданское уложеніе постановляетъ:

§ 1436. Если обязанннй доставить, по своему выбору, одну изъ двухъ вещей, отдастъ, по ошибкѣ, обѣ вещи, то онъ вправе требовать возвращенія той или другой вещи.

Австрійское правовѣденіе по смыслу этого постановленія, даетъ право обратнаго требованія и должнику, ошибочно исполнившему раздѣлительное обязательство, какъ одночленное ³⁾.

¹⁾ A. L. R. I, 16 § 192.

²⁾ Koch.—Recht der Forderungen Bd. III § 259.

³⁾ Kirchstetter. Commentar zum Oestreich: allg. bürg. Gesetzbuch, ad §§ 1431—1436.

4. Гражданское уложение королевства Саксонскаго постановляетъ:

§ 1525. При обязательствѣ съ правомъ выбора, отдавшій одинъ изъ предметовъ обязательства, ошибочно полагая, что онъ долженъ доставить именно этотъ предметъ,—вправѣ требовать возвращенія отданнаго. Если имѣющій право выбора между многими предметами отдастъ всѣ или нѣсколько альтернативно слѣдуемыхъ предметовъ, то ему предоставляется право выбора предметовъ, которые онъ желаетъ потребовать обратно.

5. Баварскій проектъ содержитъ слѣдующую статью:

Ст. 910. Должникъ, обязанный внести, по своему выбору, одинъ изъ двухъ предметовъ, одновременно отдавшій по ошибкѣ оба, вправѣ требовать возвращенія того или другаго предмета, по своему усмотренію.

Предоставляя право выбора прежнему должнику, Баварскій проектъ придерживается взгляда Юліана и Палпиніана, но, допуская образное требованіе въ раздѣлительной формѣ только при одновременномъ взносѣ обоихъ предметовъ, онъ сходится съ Цельзомъ. Требованіемъ одновременности Баварскій проектъ отличается отъ Саксонскаго. Такимъ образомъ, если сперва внесенъ одинъ предметъ, а потомъ другой, то по Баварскому проекту, не будетъ никакого права раздѣлительнаго обратнаго требованія, и только предметъ, внесенный вторымъ, считается не состоявшимся предметомъ долга.

6. Въ гражданскихъ законахъ нашихъ Остзейскихъ губерній мы находимъ слѣдующія три постановленія:

Ст. 3684. Право обратнаго требованія имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда долгъ, хотя и существовалъ въ дѣйствительности, но при исполненіи его была сдѣлана ошибка относительно содержанія долговаго обязательства...

Въ силу этой статьи должнику предоставляется право обратнаго требованія, если онъ вноситъ одинъ опредѣленный предметъ, не зная, что онъ могъ внести и другой. Доказательствомъ тому служить то, что подъ статьею находится ссылка на l. 32 § 3 de condictione indeb. XII. 6 — мѣсто, въ которомъ высказано извѣстное мнѣніе Юліана объ этомъ вопросѣ.

Ст. 2927. Если при требованіи, касающемся того или другаго предмета, должникъ по ошибкѣ распространить исполненіе обязательства на оба, то ему и въ этомъ случаѣ предоставляется на выборъ: который изъ этихъ предметовъ истребовать обратно и который оставить за кредиторомъ.

Ст. 3693. Если содолжники заплатятъ болѣе того, что съ нихъ слѣдовало, то излишекъ можетъ быть обратно требуемъ каждымъ изъ нихъ соразмѣрно его долгу. Коль скоро въ такомъ случаѣ предметъ исполненія для каждаго изъ числа двухъ или нѣсколькихъ содолжниковъ различенъ, а между тѣмъ оно будетъ сдѣлано обоими или всѣми, то отъ усмотрѣнія кредитора зависитъ, кому онъ пожелаетъ возвратить излишне уплаченное.

Въ сущности, всѣ новѣйшія законодательства сходятся относительно этихъ вопросовъ. Значительное исключеніе представляетъ только Прусское земское право.

Въ заключеніе этого обзора мы бы хотѣли еще замѣтить слѣдующее. Римское право даетъ, какъ извѣстно, право обратнаго требованія *indebitum* только въ томъ случаѣ, если *indebitum* было уплачено вслѣдствіе извинительнаго, фактическаго заблужденія. Новѣйшія законодательства склонны, напротивъ, сравнить здѣсь юридическое заблужденіе съ заблужденіемъ фактическимъ, *error juris* съ *error facti*. Такъ напримѣръ: Прусское ¹⁾, Австрійское ²⁾, Французское ³⁾, Саксонское право ⁴⁾, Баварскій проектъ ⁵⁾.

Гражданскіе законы Остзейскихъ губерній придерживаются взгляда Римскаго права ⁶⁾.

¹⁾ Koch. Recht der Forderungen Bd. III § 259.

²⁾ Bürg. Gesetzb. § 1431.

³⁾ Zachariae. Franz. Civilrecht § 442; Toullier VI, 75. Delvincourt ad Art. 1376 и 1377.

⁴⁾ Bürg. Gesetzb. § 1523.

⁵⁾ Art. 907 des Baier. Entwurfs.

⁶⁾ Ст. 3686

Г Л А В А V.

ВЛІЯНІЕ ПРОСРОЧКИ.

§ 1.

О просрочкѣ вообще.

Различаютъ, какъ извѣстно, просрочку должника и просрочку вѣрителя, *mora solvendi* и *mora accipiendi*,—промедленіе въ уплатѣ и промедленіе въ приѣмѣ уплаты.

Mora solvendi, просрочка уплаты, бываетъ тогда, когда должникъ, по своей винѣ, опоздалъ выполненіемъ обязательства. Просрочка, въ техническомъ смыслѣ, предполагаетъ обыкновенно напоминаніе со стороны кредитора, такъ называемую *interpellatio*.

l. 32 pr. D. de usuris et fructibus XXXII. 1.
Marcianus libro IV Regularum.

Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus non solverit. Просрочка происходитъ не сама собой, но вслѣдствіе дѣйствія лица, т. е. когда должникъ не заплатитъ, получивъ напоминаніе.

Это напоминаніе должно быть такого рода, чтобы должникъ могъ

знать, что именно отъ него требуется ¹⁾. Напоминаніе излишне, если, при установленіи обязательства, назначено было время, въ которое должникъ обязанъ произвести уплату ²⁾. Слѣдствіемъ просрочки бываетъ обыкновенно то, что должникъ обязывается къ возмѣщенію убытковъ, причиненныхъ ею вѣрителю. Въ особенности надо замѣтить, что если уплата дѣлается послѣ просрочки невозможною, то эта невозможность не освобождаетъ должника и въ томъ случаѣ, если она послѣдовала даже не по его винѣ. Это послѣдствіе разумѣлось обыкновенно подъ увѣковѣченіемъ обязательства: дѣло разсматривается такимъ образомъ, какъ бы погибшій предметъ еще существуетъ ³⁾.

Просрочка со стороны вѣрителя бываетъ тогда, если онъ не принимаетъ предлагаемой уплаты, не будучи въ состояніи представить законную причину въ свое оправданіе ⁴⁾. Слѣдствіемъ просрочки въ приѣмѣ уплаты, является то, что должникъ вправе требовать возмѣщенія убытковъ, причиненныхъ ему просрочкою. Должникъ со времени просрочки не отвѣтствененъ болѣе за недостатокъ заботливости, а отвѣчаетъ только за злой умыселъ и тяжкое упущеніе (*dolus* и *culpa lata*). Если предметъ уплаты погибаетъ не по винѣ должника, то послѣдній освобождается отъ обязательства и въ томъ случаѣ, если, вслѣдствіе происшедшей потери, выполненіе обязательства не сдѣлалось невозможнымъ, какъ напримѣръ при денежномъ обязательствѣ ⁵⁾.

Правила эти суть не болѣе, какъ выраженіе сущности дѣла, и составя отъ вывода изъ того общаго принципа, по которому всякій отвѣтственъ за послѣдствія своихъ законнопротивныхъ дѣйствій. Эти правила, поэтому, вошли также болѣе или менѣе и въ новѣйшія законодательства ⁶⁾. Мейеръ, поэтому, совершенно вѣрно признаетъ,

¹⁾ Mommsen Lehre v. d. mora § 5.

²⁾ Windscheid Pandecten § 276 ff.

³⁾ Mommsen l. c. § 20.

⁴⁾ Windscheid Pandekten II § 343.

⁵⁾ l. 72 pr. de sol. et lib. 46. 3.

⁶⁾ Cp. Bluhme—System des in Deutschland geltenden Privatrechts 2 Ausgabe. Bonn 1855 § 274 и слѣдующіе.

дѣйствительность этихъ правилъ и въ области Русскаго гражданскаго права ¹⁾).

Переходимъ къ примѣненію этихъ правилъ къ раздѣлительнымъ обязательствамъ.

§ 2.

Просрочка уплаты.

Mora solvendi.

I. Когда бываетъ просрочка уплаты по раздѣлительному обязательству?

A. Если выборъ предоставленъ должнику, то отвѣтъ очень простъ. Просрочка бываетъ тогда, если должникъ въ установленное время не производитъ выбора и уплаты. Если требуется напоминаніе, то форма его очень проста: достаточно только, чтобы кредиторъ напомнилъ вообще должнику объ обязательствѣ. Еслибы вѣритель вздумалъ требовать опредѣленный предметъ, то онъ бы превысилъ свое право.

B. Дѣло усложняется въ случаѣ, если право выбора на сторонѣ вѣрителя. Устранимъ пока тѣ случаи, когда требуется напоминаніе.

Мы рассмотримъ, во 1-хъ, случаи, когда просрочка можетъ имѣть мѣсто безъ напоминанія вѣрителя, во 2-хъ, мы изслѣдуемъ сущность напоминанія.

I. Если предположимъ, что раздѣлительное обязательство есть обязательство неопредѣленное, что объектъ его опредѣляется только выборомъ избирателя, то о просрочкѣ уплаты не можетъ быть рѣчи, пока вѣрителемъ не произведенъ выборъ. Должникъ обязанъ предложить вѣрителю только то, что онъ дѣйствительно долженъ; но до выбора, сдѣланнаго вѣрителемъ, ни о какой вещи нельзя сказать, что именно она состоитъ предметомъ долга ²⁾).

¹⁾ Мейеръ, Русск. Гражд. право ч. II, тл. II.

²⁾ Такъ Моммсен. I. с. § 6.

Если предположимъ, напротивъ, что объ вещи состоятъ предметомъ долга, то и до производства выбора вѣрителемъ, просрочка должника весьма возможна, такъ какъ должникъ обязанъ предложить вѣрителю объ вещи для выбора ¹⁾).

2. Напоминаніе вѣрителя должно быть различно, смотря по различію основныхъ возрѣвій на раздѣлительное обязательство.

Если объ вещи считаются предметомъ долга, то достаточно будетъ простаго напоминанія о существованіи обязательства, такъ какъ предметы долга опредѣлены уже самимъ обязательствомъ.

Если же предметомъ долга считается только та вещь, которая выбрана кредиторомъ, то напоминаніе будетъ имѣть надлежащую опредѣленность только тогда, если указана будетъ вещь, взноса которой вѣритель желаетъ. Если напоминаніе не содержитъ такого указанія, то оно не можетъ считаться вполне дѣйствительнымъ.

II. Какия дѣйствія производитъ просрочка уплаты по раздѣлительному обязательству?

A. Разсмотримъ случай, когда право выбора на сторонѣ должника.

Если сѣ вещи составляютъ предметъ долга, то объ, естественно, фиктивно увѣковѣченъ, такъ что, если одна или объ вещи случайно погибаютъ, то это разсматривается такимъ образомъ, какъ будто гибель произошла по винѣ должника ²⁾).

Если же предварительно ни одна вещь не считается должною, то только та вещь можетъ быть фиктивно увѣковѣчена, на которой впоследствии окончательно сосредоточивается обязательство. Поэтому, если одна изъ вещей погибаетъ, все равно, случайно или нѣтъ, то она исключается изъ обязательства, и разсматривается, какъ никогда не подлежащая долгу. Но зато обязательство сосредоточивается на оставшейся вещи. Если и эта погибаетъ, хотя бы случайно, то вѣритель можетъ требовать возмѣщенія убытковъ, какъ въ случаѣ гибели вещи по винѣ должника.

¹⁾ Такъ Thielemann, de obligatione alternativa. § 5, sub. IV.

²⁾ Ср. подробности объ этомъ въ главѣ VI, во II раздѣлѣ.

В. Предположимъ, наоборотъ, что право выбора принадлежит вѣрителю.

Если придерживаться того мнѣнія, что обѣ вещи состоятъ предметомъ долга, и что, слѣдовательно, просрочка уплаты возможна и въ случаѣ, если выборъ не сдѣланъ вѣрителемъ, то слѣдствія просрочки уплаты, естественно, такія же, какъ и въ томъ случаѣ, когда выборъ предоставленъ должнику и обѣ вещи считаются состоящими предметомъ долга.

Если раздѣлительное обязательство считается неопредѣленнымъ, то при отсутствіи произведеннаго вѣрителемъ выбора нелепыми вообще просрочка уплаты; слѣдовательно, послѣдствія такой просрочки не могутъ имѣть мѣста.

Но еслибы вѣритель заявилъ о выбранной вещи, то хотя выборъ не считался безповоротнымъ до производства уплаты, но все же онъ считался условіемъ просрочки уплаты.

§ 3.

Просрочка въ пріемѣ уплаты.

Mora accipiendi.

А. Когда бываетъ просрочка въ пріемѣ уплаты?

1. Если право выбора на сторонѣ должника, то промедленіе въ пріемѣ уплаты бываетъ тогда, когда выборъ произведенъ должникомъ и выбранная вещь предложена вѣрителю.

2. Но какъ слѣдуетъ поступить, если вѣритель долженъ опредѣлить предметъ уплаты?

Если обѣ вещи считаются предметомъ долга, то должникъ можетъ поставить вѣрителя въ положеніе просрочившаго пріемъ уплаты, предлагая ему обѣ вещи—разумѣется, въ случаѣ только, если вѣритель не выберетъ какой либо вещи ¹⁾.

¹⁾ Такъ Thielemann, l. c. § 5, IV.

Если раздѣлительное обязательство считается неопредѣленнымъ, то пока выборъ вѣрителемъ не сдѣланъ, не имѣется вещи, которая могла бы быть предложена въ уплату, какъ состоящая предметомъ долга. По этому возрѣнію, отъ самаго вѣрителя будетъ зависеть, захочетъ ли онъ считаться просрочившимъ пріемъ уплаты или нѣтъ ¹⁾, положеніе, конечно, весьма невыгодное для должника, которому вѣритель, законнопротивнымъ образомъ дѣлаетъ невозможнымъ уменьшеніе отвѣтственности.

Для обезпеченія должника, сдѣлано было весьма основательное предложеніе ²⁾, чтобы должнику предоставлено было право на постановленіе судомъ срока для осуществленія вѣрителемъ права выбора, несоблюденіе котораго влекло бы за собою лишеніе вѣрителя права выбора, принадлежащаго ему по данному обязательству. Предложеніе это имѣло бы на своей сторонѣ аналогію другихъ опредѣленій Римскаго права. Если наследодатель отказалъ кому, въ формѣ *optio legata*, выборъ между извѣстными предметами наследства, и легатарій медлитъ осуществленіемъ своего права выбора, то всѣ заинтересованные, коллегатаріи, наследники, покупатели наследства могутъ просить судъ о назначеніи легатарію срока выбора съ вышеприведенными послѣдствіями. Трактующія объ этомъ мѣста источниковъ суть слѣдующія:

l. 8. pr. de optione vel electione legata XXXIII. 5.
Pomponius (libro VI. ad Sabinum).

Si tibi electio servi, et mihi reli- qui legati sint, decernendum est a Praetore, nisi intra certum tempus optaveris, petitionem tibi non datum iri.

Если тебѣ отказанъ выборъ раба, а мнѣ отказаны остальные рабы, то преторъ долженъ постановить, что въ случаѣ, если ты не выберешь въ извѣстное время, тебѣ не дано будетъ право иска.

¹⁾ Такъ Mommsen, l. c. § 16.

²⁾ Mommsen, l. c. § 16.

l. 6. eodem

Pomponius (libro VI ad. Sabinum).

Mancipiorum electio legata est; ne venditio quandoque eligente legatario interpelletur, decernere debet Praetor, nisi intra tempus ab ipso praefinitum elegisset, actionem legatorum ei non compelere.

Кому либо отказанъ выборъ рабовъ. Дабы продажа (рабовъ) не задерживалась выборомъ легатарія, преторъ долженъ постановить, что если въ теченіе назначеннаго срока легатарій не сдѣлаетъ выбора, онъ теряетъ право иска по отказу.

l. 13. § 1. eod.

Paulus libro VIII. ad Plautium.

Pomponius scribit, emptore hereditatis postulante, ut is, cui servi optio legata sit, optet, videndum esse, an Praetor, ut id faciat, cogere debeat legatarium, quemadmodum si heres institutus id postulare, quia potest per heredem id emptor consequi; et quare non possit, non video.

§ 1. Помпоній пишетъ: если покупатель наследства требуетъ, чтобы тотъ, кому назначенъ отказъ, въ видѣ optio legata, выбралъ раба, то спрашивается, можетъ ли преторъ принудить легатарія сдѣлать этотъ выборъ, какъ въ случаѣ, еслибы этого требовалъ назначенный наследникъ, такъ какъ покупатель можетъ достигнуть этого при посредствѣ наследника. Но я не вижу причины, почему бы онъ этого не могъ.

Правила эти дополняются слѣдующимъ опредѣленіемъ, составляющимъ продолженіе приведенной

l. 6. de opt. vel. elect. leg. XXXIII. 5.

Quid ergo, si die praeterito, sed antequam venderet heres, vindicare legatarius velit—quia non est damnus subiturus heres, propter quod

Но какъ поступить, если легатарій желаетъ осуществить выборъ, хотя по наступленіи срока, но передъ тѣмъ, какъ наследникъ про-

decernere Praetor id solet? et quid si die praeterito, quem finierit Praetor, heres aliquos ex servis, vel omnes manumiserit, nonne Praetor eorum tuebitur libertatem? Ergo toties actio deneganda non est, si omnia in integro sint. Idem est, et si pignori aliquos ex his servis heres dederit post diem, vel vendiderit.

даль рабовъ, если слѣдовательно наследнику не будетъ отъ этого никакого ущерба, въ отвращеніе котораго преторъ обыкновенно дѣлаетъ свои постановленія о срокахъ? И какъ поступить въ случаѣ, если наследникъ отпустить нѣкоторыхъ или всѣхъ рабовъ на волю, по истеченіи назначеннаго преторомъ срока, не долженъ ли въ такомъ случаѣ преторъ охранять свободу ихъ? Искъ, заключающій, никогда не долженъ быть отвергаемъ тогда, если все еще находится въ первоначальномъ положеніи. Сообразно съ этимъ слѣдуетъ поступить, если наследникъ по истеченіи срока заложилъ или продалъ нѣкоторыхъ изъ этихъ рабовъ.

Разъясненіе этого положенія заключается въ

l. 7, eod. XXXIII. 5.

Paulus (libro X. Quaestionum).

Imo et si quosdam servos distrahit, quosdam retinuit, non est audendus legatarius, si velit optare ex retentis ab herede, quum iam disposuerit familiam heres.

Если наследникъ продалъ уже нѣсколько рабовъ, а нѣкоторыхъ удержалъ за собою, то легатарій не долженъ быть допущенъ, если онъ пожелаетъ выбирать между оставшимися, такъ какъ наследникъ распорядился уже обо всѣхъ рабахъ.

Противъ примѣненія по аналогіи этихъ юридическихъ правилъ можно было бы сдѣлать однако нѣкоторыя возраженія. Главное то, что въ optio legata выборъ и безъ того имѣетъ силу условія, поэтому

преторъ придерживается только смысла данного юридическаго отношенія, разсматривая выборъ, какъ условіе. Совсѣмъ другое при раздѣлительномъ обязательствѣ, въ которомъ выборъ не имѣетъ силы условія, въ которомъ разсматриваніе выбора, какъ условія, противорѣчло бы природѣ обязательства.

Въ случаѣ пропущенія вѣрителемъ назначеннаго ему срока для выбора, смыслу раздѣлительнаго обязательства скорѣе соответствовало бы допущеніе здѣсь обыкновенныхъ послѣдствій просрочки въ приемѣ уплаты ¹⁾.

II. Какія дѣйствія производитъ просрочка въ приемѣ уплаты?

1. Если должникъ имѣетъ право выбора и онъ, выбравъ, предметъ, предлагалъ его вѣрителю, котораго тотъ не принялъ, то съ момента предложенія страхъ этой вещи падаетъ на вѣрителя: если предметъ погибаетъ, должникъ освобождается. Если бы вѣритель не медлил принять уплату, то освобожденіе должника должно было бы имѣть мѣсто и безъ того.

l. 105. de Verbor. Obl. XLV. 1.
Javolenus (libro II. Epistolarum)

Stipulatus sum, Damam aut Eroteм servum dari; quum Damam dares, ego, quominus acciperem, in mora fui, mortuus est Dama, an putes, me ex stipulatu actionem habere? Respondit, secundum Massurii Sabini opinionem, puto te ex stipulatu agere non posse; nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id, quod debabat, solveret, continuo eum debito liberari.

Я стипулировалъ, чтобъ мнѣ дань былъ рабъ Дамасъ или рабъ Еросъ; когда ты хотѣлъ отдать мнѣ Дамаса, я впалъ въ просрочку, не желая принять его. Дамасъ умеръ. Думаешь ли, что имѣю право иска по стипуляціи? Онъ отвѣтилъ, по мнѣнію Мазурія Сабина, я думаю, что ты не можешь искать на основаніи стипуляціи; такъ какъ онъ справедливо полагалъ, что должникъ немедленно освобождается отъ обяза-

¹⁾ Такъ Видушейдъ, Pand. II. § 345.

тельства, въ случаѣ, если просрочка, вслѣдствіе которой онъ не уплатитъ слѣдующаго, произошла не по его винѣ.

Если бы стипуляторъ, кредиторъ, не находился въ положеніи просрочившаго приемъ уплаты, онъ могъ бы требовать въ данномъ случаѣ другаго раба, какъ увидимъ впоследствии. Но въ этомъ правѣ ему именно и отказано.

2. Если право выбора на сторонѣ вѣрителя, просрочившаго приемъ уплаты, то мы должны различать:

Если считать обѣ вещи предметомъ долга, то въ такомъ случаѣ просрочка вмѣняется вѣрителю въ вину относительно обѣихъ вещей: онъ несетъ страхъ какъ одной, такъ и другой вещи. Какая бы вещь ни погибла, вѣритель разсматривается какъ получившій уплату.

Если же предварительно ни одна вещь не считается предметомъ долга, то неизвѣстно также, страхъ какой вещи падаетъ на вѣрителя. Гибель первой вещи обратила бы раздѣлительное обязательство въ простое; только гибель второй вещи освободила бы должника. Единственный выигрышъ должника заключался бы только въ уменьшеніи его обязанности заботиться объ обѣихъ вещахъ. Выгода, конечно, весьма незначительная! Интересъ должника заключается здѣсь въ томъ, чтобы обязательство сосредоточилось на одной, определенной вещи. Интересъ этотъ нарушается вѣрителемъ, медлящимъ сдѣлать предоставленный ему выборъ и требуетъ поэтому охраненія. Но какъ охранять его? Въ этомъ весь вопросъ. Если въ легатѣ выборъ предоставленъ третьему лицу, и оно медлитъ осуществленіемъ предоставленнаго ему выбора, то ему дается для выбора годичный срокъ. Если это лицо не воспользуется назначеннымъ срокомъ, право выбора переходитъ къ тому контрагенту, который болѣе всѣхъ заинтересованъ въ производствѣ выбора. Если по аналогіи примѣнимъ это постановленіе къ настоящему случаю, то мы

l. 3. C. comm. de leg. VI. 43.

должны сказать: если вѣритель упустилъ назначенный ему срокъ, то выборъ переходитъ къ должнику и относительно предмета, который онъ выберетъ, примѣняются общія правила просрочки въ приемѣ уплаты.

§ 4.

Дѣйствіе просрочки на право выбора принадлежащее должнику.

Если пользующійся правомъ выбора должникъ медлитъ произвести выборъ, то несомнѣнно, что интересы вѣрителя весьма легко могутъ пострадать отъ этого. Но вѣрителю предоставлено весьма простое средство, чтобы помочь этому злу—ему слѣдуетъ только вчинить противъ должника искъ и потребовать присужденія его къ возмѣщенію убытковъ. Можетъ быть, что и здѣсь оказалось бы цѣлесообразнымъ допущеніе перехода права выбора, лишеніемъ этого права должника и предоставленіемъ его вѣрителю, но изъ имѣющихся источниковъ Римскаго права нельзя вывести такого перехода право выбора. По нашему убѣжденію, источники скорѣе высказываются за недопущеніе такого перехода. Не смотря на то, многими юристами такой переходъ приписывается источникамъ¹⁾. Въ несостоятельности этого мнѣнія всего легче убѣдиться по тѣмъ же мѣстамъ изъ источниковъ Римскаго права, на которыя ссылаются защитники этого мнѣнія. Мѣста эти слѣдующія:

1. 1. 2 § 3 de eo quod certo loco 13. 4.

Если въ договорѣ было опредѣлено мѣсто уплаты, то искъ по договору можетъ быть предъявленъ только въ этомъ мѣстѣ. Если въ

¹⁾ Glück-Pandekten, theil IV. стр. 47 и слѣд.
Zimmern Arch. f. civ. praxis I p. 329 ff.
Mommsen l. c. § 27.
Madaï Lehre von der mora § 55.

договорѣ альтернативно обозначены были два мѣста уплаты, то выборъ между ними предоставлялся должнику. Если бы послѣдовательно предоставить также должнику выбрать мѣсто предъявленія иска, то право вѣрителя легко бы могло сдѣлаться воображаемымъ только, — *semper enim alium locum electurum*, — должнику стоило бы только доставлять себѣ удовольствіе, всякій разъ выбирать для уплаты другое мѣсто. Чтобы помочь этому злу, юристъ объявляетъ:

generaliter petitorem electionem habere, ubi petat, rem ubi solvat scilicet ante petitionem, если въ договорѣ альтернативно установлено мѣсто уплаты, то выборъ мѣста для выполнения обязательства предоставляется должнику, вѣрителю же предоставляется выборъ мѣста для вчиненія иска. Но если искъ предъявленъ вѣрителемъ, то онъ подлежитъ удовлетворенію на мѣстѣ иска—также вѣдствіе своеобразныхъ формальностей Римскаго процесса. Но какъ слѣдуетъ поступить въ случаѣ, если альтернатива уплаты соединяется съ альтернативой мѣста; напримѣръ, въ случаѣ если должникъ общалъ отдать или предметъ *a* въ Ефесѣ, или предметъ *b* въ Римѣ? Въ такомъ случаѣ нужно имѣть въ виду, что если должникъ заставляетъ вѣрителя вчинить искъ, то некомъ опредѣляется мѣсто уплаты; мѣстомъ же опредѣляется самый предметъ ея.

Proinde mixta rerum alternatio Поэтому соединеніе альтернативы вещей съ альтернативой *locorum alternationi ex necessitate* мѣстъ по необходимости доставляетъ истцу и выборъ вещи вѣдствію *facit actoris electionem et in rem* мѣстъ по необходимости доставляетъ истцу и выборъ вещи вѣдствію *propter locum; alioquin tollis ei* за выборомъ мѣста иска; въ противномъ случаѣ ты лишаешь его *actionem, dum vis reservare reo* неа, желая сохранить выборъ за *optionem.* должникомъ.

Это мѣсто содержитъ, какъ видно изъ случая, когда вѣдствіе просрочки должника, право выбора переносится на вѣрителя. Но исключеніе подтверждаетъ правило, *exceptio firmat regulam*. Именно изъ исключенія мы и должны вывести, что, обыкновенно, просрочка не можетъ произве-

сти такого дѣйствія, тѣмъ болѣе, что даже въ разсмотрѣнномъ исключительномъ случаѣ, одна просрочка сама по себѣ не переноситъ еще на вѣрителя права выбора; для того, чтобы это произошло, вѣритель долженъ сперва вчинить искъ. Юридическимъ основаніемъ исключенія служатъ вовсе не просрочка, а извѣстныя своеобразныя формальности древняго Римскаго процесса.

2. I. 11 § 1 de legatis II (31)
Pomponius libro VII. ex Plautio.

Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato, dum, utrum velit dare, eo die, quo testamentum meum recitatum erit, dicat; si non dixerit heres, Pamphilum, an Stichum dare malit, *perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum, aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit.*

Наслѣдникъ мой, по своему выбору, долженъ дать Титію Стиха или Памфила, съ тѣмъ однако, чтобы онъ заявилъ въ день открытія завѣщанія, какого раба онъ желаетъ отдать. Если наслѣдникъ не заявилъ о томъ, хочетъ ли онъ отдать Стиха или Памфила, то я считаю его обязаннымъ, какъ въ случаѣ, если бы онъ долженъ былъ отдать Стиха или Памфила, по выбору легатарія.

Въ приведенномъ мѣстѣ источниковъ дѣло идетъ о толкованіи постановленія частнаго лица. Постановленіе это истолковано было въ томъ смыслѣ, что право выбора должно перейти къ легатарію, если наслѣдникъ медлитъ выборомъ. Страннымъ образомъ хотѣли возвести въ общее правило разсматриваемое здѣсь частное распоряженіе какого нибудь наслѣдодателя. Доказывать наивность и несостоятельность такого обобщенія кажется намъ излишнимъ. Подобнымъ путемъ можно было бы дойти до какихъ угодно правилъ!

3. I. 47. § 3. de legatis (I) XXX
Ulpianus libro XXII. ad Sabinum

Si Stichus aut Pamphilus legatur et alter ex his vel in fuga sit,

Если отказанъ Стихъ или Памфилъ, и одинъ изъ нихъ убѣжитъ

vel apud hostes, dicendum erit, praesentem praestari, aut absentis aestimationem; toties enim electio est heredi committenda, quoties moram non est facturus legatario. или будетъ во власти непріятели, то слѣдуетъ отдать оставшагося или стоимость отсутствующаго, такъ какъ всегда слѣдуетъ предоставлять выборъ наслѣднику, если легатарію этимъ не причиняется задержки.

Одна изъ альтернативно отказанныхъ вещей потеряна, хотя и не погибла, другая имѣется на лицо. Если бы наслѣднику предоставили право выбора, то онъ могъ бы выбрать, для уплаты, потерянную вещь и въ такомъ случаѣ долженъ былъ бы, какъ это обыкновенно дѣлается, принять на себя только обязательство, что онъ доставитъ легатарію потерянную вещь, какъ только она найдется. Но это значило бы обнадеживать легатарія на совершенно неопредѣленное время. Такъ долго легатаріи не долженъ ждать. Другая изъ альтернативно отказанныхъ вещей имѣется на лицо, слѣдовательно, ее наслѣдникъ обязанъ отдать; если же онъ не хочетъ этого, то онъ долженъ немедленно уплатить стоимость потерянной вещи. Пока одинъ предметъ раздѣлительнаго обязательства имѣется на лицо, не можетъ быть и рѣчи о невозможности немедленнаго исполненія обязательства, такъ какъ одинъ предметъ замѣняется другимъ.

Вотъ смыслъ приведеннаго мѣста источниковъ. О просрочкѣ, въ техническомъ смыслѣ этого слова здѣсь нѣтъ вовсе и рѣчи. Electio, выборъ между самими вещами не допускается прежде еще нежели просрочка наступила. О переходѣ права выбора отъ одного лица къ другому нѣтъ вовсе и помину.

4. I. 55. ad leg. Aquilianam 9. 2.

Должникъ альтернативно обѣщалъ двухъ рабовъ, изъ которыхъ одинъ стоитъ 10, другой 20. Право выбора принадлежит должнику. Еще прежде нежели должникъ находился въ просрочкѣ, кредиторъ убиваетъ дешеваго раба. Должникъ долженъ отдать теперь дорогаго раба; но онъ въ правѣ предъявить искъ на двадцать—такъ какъ не-

будь вины кредитора, онъ могъ бы сохранить за собою раба, стоящаго двадцать и отдать дешеваго раба. Количество вознагражденія вычисляется, слѣдовательно, по цѣнѣ раба, оставшагося въ живыхъ.

Какое заключеніе можно вывести изъ этого?

Если бы вѣритель убилъ раба тогда, когда должникъ находился уже въ просрочкѣ, то вознагражденіе убытковъ вычислялось бы иначе, именно, — по стоимости убитаго раба; такъ какъ не только вѣритель, но и самъ должникъ, въ такомъ случаѣ, своею просрочкою былъ бы причиною невозможности освободиться отъ обязательства болѣе дешевымъ образомъ.

Рѣшительно нельзя понять, какимъ образомъ это мѣсто могло быть истолковано такимъ образомъ, что просрочка должника, пользующагося правомъ выбора, влечетъ за собою переходъ права выбора къ вѣрителю.

Лучшимъ и неопровержимымъ доказательствомъ противъ этого мнѣнія можетъ служить то юридическое правило, что въ случаѣ, если право выбора на сторонѣ должника, некъ необходимо долженъ быть вчиненъ въ альтернативной формѣ ¹⁾. Очевидно, что если просрочка дѣйствительно влекла бы за собою тѣ мнимыя послѣдствія, истецъ долженъ былъ бы имѣть также право обратитъ свой искъ на одинъ опредѣленный предметъ.

§ 5.

Послѣдствія просрочки по новѣйшимъ законодательствамъ.

1. По Прусскимъ законамъ, просрочка сама по себѣ не переноситъ еще права выбора съ должника на вѣрителя. Такой переходъ допускается только тогда, если должникъ доводитъ процессъ до исполненія ²⁾.

¹⁾ § 33 Inst. de actionibus.

²⁾ Koch. Recht der forderungen bd. I § 34.

Относительно промедленія въ приемѣ уплаты со-стороны вѣрителя избирателя прусское правовѣденіе полагаетъ, что должникъ можетъ освободиться отъ обязательства, предоставивъ выборъ суду и предлагая выбранную вещь. «Предоставляется власти суда принять съ законной силой, вмѣсто вѣрителя, уплату, отвергнутую безъ уважительной причины. Дабы судъ законно заступалъ въ этомъ случаѣ мѣсто кредитора, онъ можетъ слѣдовательно сдѣлать также выборъ ¹⁾».

2. Саксонское гражданское уложеніе не содержитъ никакого постановленія о вліяніи просрочки на раздѣлительное обязательство.

3. Баварскій же проектъ дѣлаетъ весьма замѣчательныя постановленія объ этомъ предметѣ:

Статья 251. Принадлежащее должнику право выбора переходитъ къ вѣрителю, въ случаѣ несоблюденія должникомъ законнаго срока, назначеннаго судомъ для исполненія обязательства.

Статья 256. Если невозможность вноса одной вещи наступила не по винѣ вѣрителя или должника, въ то время когда должникъ находился въ просрочкѣ, то примѣняется опредѣленіе статьи 254.

Статья 254. Если пользующійся правомъ выбора должникъ причинитъ невозможность вноса одной вещи, то примѣняется опредѣленіе статьи 253 п. 1.

Статья 253 пунктъ 1. Если вносъ одной изъ двухъ альтернативно слѣдующихъ вещей случайно становится невозможнымъ, то обязательство остается въ силѣ, какъ одночленное, въ такомъ видѣ, что только вторая вещь вѣрителемъ можетъ быть потребована, а должникомъ внесена.

Такимъ образомъ, если право выбора на сторонѣ должника, то послѣдствія просрочки уплаты разсматриваются такимъ образомъ, какъ бы обязательство было неопредѣленное, предметъ котораго опредѣляется только впоследствии.

Продолженіе статьи 254. Если правомъ выбора пользуется вѣритель, то онъ можетъ требовать или вторую вещь, или стоимость той, вносъ которой сталъ невозможенъ.

¹⁾ Koch. I. c. § 5.

Такимъ образомъ, если право выбора на сторонѣ вѣрителя, то послѣдствія просрочки уплаты разсматриваются такимъ образомъ, какъ бы обѣ вещи составляли предметъ долга.

Продолженіе статьи 258. Если вѣритель медлитъ пріемомъ уплаты, то пользующійся правомъ выбора должникъ освобождается отъ обязательства.

Если право выбора на сторонѣ вѣрителя, то примѣняется опредѣленіе статьи 255-й, пункта 2-го.

Статья 255-я, пунктъ 2-й. Если право выбора на сторонѣ вѣрителя, то вещь считается имъ самимъ уничтоженною и уплаченною должникомъ.

Такимъ образомъ, если вѣритель въ просрочкѣ, то безразлично находятся ли право выбора на сторонѣ должника или вѣрителя, — въ обоихъ случаяхъ обѣ вещи разсматриваются, какъ составляющія предметъ долга.

3. По гражданскимъ законамъ нашихъ Остзейскихъ губерній, просрочка приравнивается винѣ. О переходѣ права выбора вслѣдствіе просрочки нѣтъ и рѣчи.

Статья 2931. Если одинъ изъ двухъ, подлежащихъ вносу предметовъ, погибнетъ по винѣ противной стороны или вслѣдствіе промедленія съ ея стороны, то имѣющій право выбора сохраняетъ се последнее—будетъ ли онъ должникъ или кредиторъ—и можетъ, по своему произволу: или, какъ должникъ, внести оставшійся предметъ либо стоимость погибшаго, или, какъ кредиторъ, требовать то или другое. Когда же противною стороною уничтожены оба предмета, то отъ пользующагося выборомъ зависитъ за тотъ или за другой получить вознагражденіе.

Статья 2932. Если одинъ предметъ или оба погибли по винѣ того, кому принадлежитъ право выбора, то онъ теряетъ это право, и тогда, въ случаѣ гибели одного предмета, онъ можетъ, смотря по тому, лежитъ ли на немъ обязанность вноса или принадлежитъ ему право требованія—или внести, или требовать оставшійся предметъ; въ случаѣ же гибели обоихъ предметовъ, и притомъ одного послѣ другого, взносъ или требованіе ограничиваются стоимостью того, который погибъ послѣднимъ; а когда гибель ихъ послѣдовала одновре-

менно, то противная сторона сама выбираетъ предметъ, за который она предпочитаетъ получить вознагражденіе.

Статья 2933. Въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 2931 и 2932, кредиторъ, если въ гибели предметовъ вина падаетъ на него, обязанъ сверхъ того къ полному вознагражденію противной стороны.

РАЗДѢЛЬ I.

НЕВОЗМОЖНОСТЬ СОВЕРШЕНІЯ ДѢЙСТВІЯ ВСЛѢДСТВІЕ СЛУЧАЯ.

I. Случаи, въ которыхъ имѣетъ мѣсто случайная невозможность относительно одного изъ предметовъ.

§ 1.

А. Когда право выбора принадлежитъ должнику.

Если одинъ изъ альтернативно - обѣщанныхъ предметовъ погибаетъ случайно, между тѣмъ какъ другой можетъ быть доставленъ, то спрашивается: какое вліяніе производитъ на содержаніе альтернативнаго обязательства гибель одного изъ предметовъ?

Здѣсь возможна слѣдующая аргументація:

Обязанное альтернативно лицо выговорило себѣ право свободнымъ выборомъ изъ числа нѣсколькихъ предметовъ опредѣлять предметъ уплаты. Но вслѣдствіе гибели одного предмета, выборъ сдѣлался или совсѣмъ невозможнымъ, если предметовъ только два, или невозможнымъ въ опредѣленномъ договоромъ объемѣ — если предметовъ болѣе. Не сталъ ли поэтому договоръ неисполнимымъ, и не долженъ ли въ такомъ случаѣ должникъ считать себя вполне освобожденнымъ отъ обязательства?

Къ такому же результату приводитъ и другаго рода констракція, нашедшая мѣсто въ нѣкоторыхъ новѣйшихъ системахъ права: не есть ли выборъ условіе и невозможность выбора неосуществленіе условія имѣющее послѣдствіемъ недѣйствительность всего обязательства?

ГЛАВА VI.

ВЛІЯНІЕ КОТОРОЕ ИМѢЮТЪ *culpa* И *casus* НА РАЗДѢЛИТЕЛЬНОЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВО.

Мы переходимъ теперь къ одной изъ занимательнѣйшихъ главъ нашего ученія — къ главѣ о вліяніи случая и вины на раздѣлительное обязательство. Нигдѣ такъ рѣзко не выказывается противоположность принциповъ, на которыхъ основываютъ раздѣлительное обязательство. Все ученіе притомъ, какъ оно ни сложно, выводится изъ самыхъ простыхъ положеній. Изложеніе наше, какъ этого требуетъ сущность предмета, будетъ изложеніемъ отдѣльныхъ, могущихъ здѣсь возникнуть, разнообразныхъ случаевъ.

Здѣсь мы должны предпослать слѣдующія два простые положенія, касающіяся перваго и втораго раздѣла настоящей главы:

если выполненіе обязательства случайно сдѣлалось невозможнымъ, то должникъ освобождается отъ обязательства;

если самъ должникъ причинилъ невозможность, онъ обязывается къ вознагражденію убытковъ вѣрителя.

Подобныя мнѣнія должны были найдти благодарную для себя почву въ Римскомъ правѣ. Въ Римскомъ правѣ уже извѣстенъ былъ своеобразный легатъ, по которому легатарію предоставлялось выбирать одинъ изъ предметовъ находящихся въ наслѣдствѣ и въ которомъ выборъ легатарія считался условіемъ самаго легата (*optio legata*). И дѣйствительно, кажется намъ, мы встрѣчаемъ подобныя аргументаціи въ римской процессуальной практикѣ.

Противъ подобныхъ выводовъ очевидно обращается Ульпіанъ, когда говоритъ:

«Если одинъ изъ альтернативно-завѣщанныхъ рабовъ и умеръ, то другой все таки долженъ быть доставленъ». — *Placuit, etsi alter decesserit, alterum omnimodo praestandum* ¹⁾.

Противъ тѣхъ же аргументаціи ратуетъ безъ сомнѣнія и Сцевола:

1. 2. § 3 de eo quod certo loco 13. 4.

Scaevola ait... qui Stichum aut Pamphilum promittit eligere posse, quod solvere velit quamdiu ambo vivunt, ceterum ubi alter decesserit, *extingui* ejus electionem, *ne sit in arbitrio ejus an debeat*, dum non vult vivum praestare, quem solum debet.

Сцевола говоритъ, что... тотъ, который обѣщаль Стиха или Памфила можетъ выбрать того или другого до тѣхъ поръ, пока они оба живы, но коль скоро одинъ изъ нихъ умретъ, право выбора его прекращается, дабы отъ произвола его не зависѣло признавать себя должнымъ или нѣтъ, еслибы онъ не хотѣлъ доставить раба оставшагося въ живыхъ, котораго онъ теперь исключительно долженъ.

Ульпіанъ и Сцевола были совершенно правы, протестуя противъ аргументаціи, которая имѣла цѣлю, въ данномъ случаѣ, полное освобожденіе должника отъ обязательства.

¹⁾ I. 47, § 3, de legatis I (30).

Пока существуетъ хотя бы только одинъ изъ альтернативно-обѣщанныхъ предметовъ исполненіе обязательства возможно. На то предметы и включены альтернативнымъ образомъ въ обязательство, чтобы одинъ могъ замѣнить другой. И чѣмъ больше кругъ подлежащихъ обязательству предметовъ, тѣмъ болѣе обезпеченъ вѣритель противъ дѣйствительной невозможности исполненія обязательства. Альтернатива имѣеть для вѣрителя значеніе обезпеченія.

Поэтому мы *должны* установить правило: если одинъ изъ альтернативно обѣщанныхъ предметовъ погибъ случайно, то долженъ быть доставленъ оставшійся или одинъ изъ оставшихся предметовъ.

Правило это вѣрно, какаго бы мы возрѣнія ни придерживались на раздѣлительное обязательство вообще.

Если обѣ вещи считаются предметомъ обязательства, то гибель одной вещи исключаетъ только эту вещь изъ обязательства, производить только относительно *этой* невозможность исполненія; другая вещь остается объектомъ обязательства.

Если только одна изъ альтернативно-обѣщанныхъ вещей подлежитъ обязательству, но неизвѣстно которая, то неопредѣленность съ уменьшеніемъ количества вещей уменьшается и исчезаетъ совсѣмъ, если въ обязательствѣ остается только одна вещь; на ней то обязательство и сосредоточивается.

Правило это высказывается римскими юристами относительно самыхъ разнообразныхъ случаевъ раздѣлительнаго обязательства. Оно высказывается напримѣръ о стипуляціи съ альтернативнымъ содержаніемъ въ приведенной нами:

1. 2. § 3 de eo quod certo loco dari oportet.

Альтернативную куплю разсматриваетъ:

I. 34. § 6 de contrah. emtione. 18. 1.

Paulus I. XXXIII ad ededict.

Si emtio ita facta fuerit: est mihi *Emtus* Stichus aut Pamphilus.... Если договоръ купли заключенъ слѣдующимъ образомъ: купленъ мною Стихъ или Памфилъ....

если одинъ изъ нихъ умретъ, то другой, оставшійся въ живыхъ, долженъ быть доставленъ.

Случай альтернативнаго обязательства мужа къ возвращенію приданаго разсматриваются въ:

l. 10. § 6 de jure dotium 23. 3.
Ulpianus l. XXXIV ad Sabinum.

Si res in dotem datae fuerint, quamvis aestimatae, verum con-
nerit, ut aut aestimatio aut res
praestentur.... si res non exet
aestimationem omnimodo maritus prae-
stabit.
Если въ dos даны вещи хотя и оцѣненны, но состоялось условіе чтобъ были возвращены или вещи или ихъ стоимость;.... если вещи нѣтъ на лицо, то мужъ обязанъ во всякомъ случаѣ вернуть ея стоимость.

l. 9. § 2. de fundo dotali 23. 5.
Africanus l. VIII Quaestionum.

Quodsi Stichum aut fundum debuit maritus, et quod debet doti ei promissum sit, Stichus mortuo fundum in dotem esse.
Если мужъ долженъ Стиха или недвижимость, и ему обѣщано въ dos то что онъ долженъ, то въ случаѣ смерти Стиха, недвижимость дѣлается предметомъ dos.

И такъ пока Стихъ живъ, мужъ при возвращеніи dos можетъ вернуть Стиха или недвижимость; но съ момента смерти Стиха приданое, а слѣдовательно и обязательство его возвращенія сосредоточилось на другомъ предметѣ.

Случай, гдѣ выборъ принадлежитъ наслѣднику, разсматривается въ слѣдующемъ мѣстѣ:

l. 11. § 1. de legatis II. 31.
Pomponius l. VII ex Plautio.

Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet Titio dato. . . Si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter qui supererit in obligatione manebit.
Стиха или Памфила, котораго пожелаетъ, долженъ дать Тицію мой наслѣдникъ . . . если до приобрѣтенія легата одинъ изъ рабовъ умретъ, другой остается въ обязательствѣ.

Невозможность исполненія можетъ возникнуть не только вслѣдствіе гибели предметовъ. Если кому либо обѣщано доставленіе права собственности на известную вещь, и онъ сдѣлается собственникомъ этой вещи, то исполненіе обязательства также невозможно, какъ еслибы эта вещь погибла. Какъ рѣшить слѣдовательно случай, если обѣщано доставленіе права собственности двухъ альтернативно-означенныхъ предметовъ, и собственникомъ одного изъ нихъ сдѣлается вѣритель? Должно ли здѣсь также примѣнить правило, дѣйствующее при гибели одного изъ предметовъ? Утвердительный отвѣтъ находимъ мы въ

l. 16. pr. de Verb. obl. 45. 1.
Pomponius l. VI. ad Sabinum.

Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex iis meus factus sit ex aliqua causa, reliquum debetur mihi a te.
Если ты мнѣ долженъ Стиха или Памфила и одинъ изъ нихъ сдѣлается, по какому нибудь основанію, моею собственностію, то долженъ ты мнѣ доставить оставшагося.

Для сосредоточенія обязательства на другомъ предметѣ достаточно, чтобы первый предметъ сдѣлался негоднымъ или чтобы часть его была уничтожена. Должникъ въ этомъ случаѣ не можетъ освободиться отъ обязательства отдачею негоднаго предмета или части онаго. Правило это есть лучшее доказательство того, что въ альтернативномъ

обязательствъ одинъ предметъ замѣняетъ другой и такимъ образомъ предохраняетъ вѣрителя отъ убытка.

I. 33. § 1. de solut. et liber. 46. 3.
Julianus lib. LII. Digestorum.

Qui Stichum aut Pamphilum Е-сли кто обѣщавъ дать Стиха или Памфила, изувѣчить Стиха, dari promisit, si Stichum vulnera- доставленіемъ его онъ также мало verit, non magis eum dando libera- освобождается отъ обязательства, tatur, quam si Stichum promisit, какъ еслибы онъ обѣщавъ одного et a se vulneratum darit. Sed et только Стиха и отдалъ бы его ab alio vulneratum si det, condem- изувѣченнаго... Онъ будетъ при nandus erit, quum possioulim dare. сужденъ къ уплатѣ и тогда, если дастъ раба изувѣченнаго къмъ нибудь другимъ, такъ какъ онъ могъ дать другаго раба.

§ 2.

ПРОДОЛЖЕНІЕ.

О такъ наз. oblatio aestimationis.

Уже рано вѣроятно возникъ слѣдующій вопросъ: пока существовалъ погибшій предметъ, должникъ, безъ всякаго сомнѣнія, доставленіемъ его освобождался отъ обязательства, почему не освободить его если онъ представить эквивалентъ погибшей вещи—ея стоимость? Почему невозможность исполненія обыкновенно освобождающая должника должна ухудшить его положеніе въ раздѣлительномъ обязательствѣ. Конечно стоимость погибшей вещи не составляла бы предмета раздѣлительнаго обязательства; она представляла бы только средство уплаты—*facultas solvendi*.

Признаніе за должникомъ такой *facultas solvendi* было бы по нашему мнѣнію, въ высшей степени несправедливо. Оно противорѣчило бы природѣ и цѣли раздѣлительнаго обязательства. Альтернативно связанные предметы должны замѣнять другъ друга. Достигалась ли бы эта, цѣль, еслибы должникъ имѣлъ право доставлять, вмѣсто погибшей вещи, стоимость ея, и не былъ принужденъ, вмѣсто погибшей вещи доставить оставшуюся? Что въ послѣднемъ случаѣ ухудшалось бы положеніе должника, не имѣетъ никакого значенія, такъ какъ отягощеніе должника въ этомъ случаѣ и было цѣлію сдѣлать.

Въ новѣйшее время знаменитый Donellus ¹⁾ утверждалъ, что изъ сущности предмета вытекаетъ, что должнику должно быть дозволено предложить стоимость погибшей вещи. Право выбора, по его мнѣнію, есть благопріобрѣтенное право, котораго должникъ не лишается и въ случаѣ гибели одного изъ предметовъ. Поэтому то должникъ имѣетъ право на *oblatio aestimationis*

Но мнѣніе Доннелля, проведенное послѣдовательно, привело бы неминуемо къ дозволенію должнику выбрать уничтоженный предметъ, и слѣдовательно къ освобожденію его отъ обязательства. Къ какимъ послѣдствіямъ приводитъ теорія продолженія права выбора указываетъ римскій юристъ Сцевола въ

I. 2 § 3. de eo quod certo loco. 13. 4.

право выбора должника прекращается говорить онъ, такъ какъ иначе отъ него (должника) зависѣло бы признать себя обязаннымъ или нѣтъ...

Хотя *oblatio aestimationis*, т. е. право предложить кредитору стоимость погибшаго предмета, и противорѣчитъ существу раздѣлительнаго обязательства, мало по малу, какъ и следовало, она однако получила признаніе въ Римскомъ правѣ.

I. 47. § 3 de legatis I. (30)
Ulpianus l. XXII ad Sabinum.

Sed si Stichus aut Pamphilus Но если отказаны Стихъ или lus legetur, et alter ex his vel in Памфилъ, и одинъ изъ нихъ

¹⁾ Donelli opera tom XI p. 634 s. ff.

fuga sit, vel apud hostes, dicendum erit, praesentem praestari vel absentis aestimationem et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium.

бѣжалъ или находится во власти непріятеля, то долженъ быть доставленъ или присутствующій или стоимость отсутствующаго также если одинъ изъ двухъ умереть, долженъ быть доставленъ другой, или пожалуй стоимость умершаго.

Но не только въ отношеніи отказовъ,—такое же мнѣніе высказывается и относительно другихъ альтернативныхъ обязательствъ:

l. 95, § 1, de sol. 46, 3.

Papinianus l. 28. Quaestion.

Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aequi peti poterit. Enim vero si factio debitoris alter sit mortuus, quum debitoris esset electio quamvis interim non alius peti possit quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est. . . .

Если же обѣцатель будетъ имѣть право выбора, то въ случаѣ смерти одного, другой также можетъ быть потребованъ. Ибо хотя (въ случаѣ предоставленія выбора должнику), если одинъ умереть по винѣ должника, то можетъ быть потребованъ только тотъ, который можетъ быть доставленъ, и нельзя предложить стоимости умершаго раба, если онъ былъ (примѣрно) дешевле оставшагося въ живыхъ, потому что это постановлено именно какъ бы въ наказаніе обѣцателя. . . .

И такъ, если по винѣ должника доставленіе одного предмета невозможно, то въ наказаніе ему не дозволяется, вмѣсто погибшаго предмета, доставить его стоимость. Argumentum a contrario приводитъ насъ слѣдовательно къ тому, что должникъ имѣетъ право доставить стоимость погибшей вещи, если гибель произошла вслѣдствіе несчастнаго случая.

Такъ какъ безъ вины не можетъ быть наказанія, то какъ согласить теперь приведенныя нами мѣста съ другими, которыя не упоминаютъ вовсе oblatio aestimationis, или вѣрнѣе, исключаютъ ее?

Въ l. 34, § 6 de contrah. emt. Павелъ безусловно, категорически, говоритъ: uno mortuo qui superest dandus est, — въ случаѣ смерти одного другой долженъ быть доставленъ.

Если одинъ изъ обѣцанныхъ рабовъ умереть, то право выбора должника прекращается говоритъ Спевола (l. 2, § 3, de eo quod certo loco 13, 4).

Не допускаетъ также oblatio aestimationis приведенное нами выше мѣсто, l. 33, § 1, de sol. (46, 3):—если одинъ изъ альтернативныхъ предметовъ будетъ поврежденъ, то долженъ быть доставленъ другой предметъ.

Если кому либо обѣцано альтернативно доставленіе права собственности надъ двумя предметами, изъ которыхъ одинъ ему уже принадлежалъ, то здѣсь обязательство съ самаго начала есть простое, сосредоточенное на одномъ, не принадлежащемъ вѣрителю предметѣ. Но можетъ ли быть доставленъ вѣрителю, въ видѣ уплаты, другой предметъ, когда онъ перестанетъ быть собственностью вѣрителя до исполненія обязательства? По Римскому праву это не допускается. Тоже самое будетъ и въ томъ случаѣ, если упоминаемая невозможность исполненія явится только впоследствии, т. е. въ томъ случаѣ, когда вѣритель впоследствии приобрѣтетъ право собственности. Но если должнику и нельзя доставить самаго предмета, исключеннаго изъ обязательства, то не можетъ ли онъ доставить стоимость его? Источники и не намекаютъ на такое право должника.

l. 128, de Verb. Obl. 45, 1.

Paulus l. X. Quaestionum.

. . . . Qui Stichum aut Pamphilum Кто стипулируетъ Стиха или stipulatur, si in unum constiterit и Памфила, если обязательство obligatio, quia alter stipulatoris раничивается однимъ, такъ какъ

erat, etiamsi desierit ejus esse, non recte solvitur...

другой принадлежить стипулятору то, въ случаѣ если этотъ рабъ и перестанетъ быть собственностью стипулятора, доставленіе его недѣйствительно.

Противъ oblatio aestimationis можно привести и

I. 55, ad l. Aquiliam IX, 2.

Paulus I. XXII. Quaestionum.

Stichum aut Pamphilum promisi Titio, quum Stichus esset decem millium, Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit; quaesitum est de actione legis Aquiliae. Respondi, quum viliozem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio, utrum decem millium, quanti fuit occisus, an quanti est quem necesse habeo dare, id est quanti mea interest?

Я обѣщаль Титію Стиха или Памфила, изъ которыхъ Стихъ стоитъ 10,000, Памфилъ 20,000; прежде нежели должникъ вналъ въ просрочку, вѣритель убиваетъ Стиха. Спросили меня объ искѣ ex lege Aquilia Я отвѣчалъ, такъ какъ въ данномъ случаѣ, кредиторъ убилъ раба худшаго, то онъ отвѣчаетъ здѣсь наравнѣ съ постороннимъ лицомъ. Какъ велика должна быть оцѣнка вреда? Можетъ ли должникъ требовать 10,000, сколько стоилъ убитый рабъ, или стоимость раба, котораго онъ долженъ дать, т. е. весь убытокъ?

Случай упоминаемый въ источникахъ слѣдующій: вѣрителю обѣщаны альтернативно два раба Стихъ или Памфилъ, одинъ стоитъ 10000. асоровъ, другой 20000. Вѣритель убиваетъ менѣе стоящаго раба. Для должника дѣйствіе вѣрителя равносильно случаю (casus). Еслибъ должникъ могъ освободиться отъ обязательства доставленіемъ стоимости убитаго, то вѣрителю дочтена была бы въ уплату стоимость убитаго раба; о вознагражденіи и не могло быть и помину въ 20,000, такъ какъ во власти должника было-бъ уменьшить убытокъ, отдавая, не оставшагося въ живыхъ раба, а стоимость убитаго раба. Между

тѣмъ въ источникахъ предполагается несомнѣннымъ, что должникъ обязанъ доставить оставшагося въ живыхъ раба (quem necesse habeo dare).

По нашему мнѣнію, противорѣчіе между приведенными нами отрывками *corpus juris* поразительно. Поэтому мы должны разрѣшить этотъ вопросъ помимо источниковъ, руководствуясь общими принципами, исходя изъ общихъ началъ.—Мы должны тогда, безъ всякаго сомнѣнія, отвергнуть *oblatio aestimationis*.

Очень мало новѣйшихъ писателей слѣдуютъ подобному методу.

Обыкновенно они признавали или не признавали въ источникахъ ¹⁾ *oblatio aestimationis*, смотря потому находили ли ее справедливою или несправедливою. Пухта ²⁾ безъ всякаго основанія видитъ въ *oblatio aestimationis* особенность легатовъ. Мы не будемъ утруждать читателя приведеніемъ всѣхъ относящихся сюда толкованій. Мы только позволимъ себѣ высказать слѣдующее замѣчаніе:

При разсмотрѣніи l. 47. § 3 de legatis I, намъ кажется вѣроятнымъ предположеніе, что выраженія касающіяся *oblatio aestimationis* добавлены компиляторами Юстиніана. Слова эти нарушаютъ симметрію и логическую связь этого мѣста. Въ немъ, т. е. въ донедшей редакціи *corpus juris*, юристъ разсматриваетъ сперва случай, когда изъ двухъ альтернативно обѣщанныхъ рабовъ одинъ убѣжалъ или во власти неприятеля; за тѣмъ тотъ случай, когда одинъ изъ рабовъ умеръ. Потомъ онъ переходитъ къ случаю, когда оба раба бѣжали. Теперь естественно ожидать разрѣшенія случая, когда оба раба умерли. Но этого именно въ отрывкѣ нѣтъ. Отрывокъ этотъ поэтому былъ бы гораздо логичнѣе, цѣльнѣе, если выпустить выраженія касающіяся *oblatio aestimationis*.

¹⁾ *Zimmern. civ. Arch. Bd. I. p. 315 ff.*

Mommsen die unmöglichkeit d. leistung s. 308 ff. Vangerow I. c. § 569 Ann 2.

Pothier. traité des obligations. № 250.

²⁾ *Puchta: Pandekten § 302, а также Hertius sectio 3 § 4. Thibaut: Pandekten § 85.*

Намъ кажутся также позднѣ вставленными и выраженія объ *oblatio aestimationis* въ l. 95 § 1. de sol. (46. 3). Это предположеніе наше подтверждается между прочимъ тѣмъ, что періодъ построенъ почти безъ всякой логики, что невѣроятно у Палиніана, а очень вѣроятно у юристовъ послѣднихъ временъ Римской Имперіи. Поэтому, мы предполагаемъ что *oblatio aestimationis* была неизвѣстна классической юриспруденціи, что она скорѣе была продуктъ позднѣйшей юридической практики или даже компиляторовъ Юстиніана.

§ 3.

Б. Когда выборъ принадлежитъ вѣрителю.

И при выборѣ со стороны вѣрителя возможны такія же конструкціи какъ и при выборѣ со стороны должника: онъ здѣсь впрочемъ также опровергаются, какъ и тамъ.

Если одинъ изъ альтернативно обѣщанныхъ объектовъ погибнетъ, то обязательство сосредоточивается на остающемся предметѣ. Послѣдній только и можетъ быть потребованъ вѣрителемъ.

Къ такому заключенію приходимъ мы, какого бы воззрѣнія ни придерживались мы относительно раздѣлительнаго обязательства вообще; ходъ аргументаціи здѣсь тотъ же какъ и при выборѣ со стороны должника.

Никто не утверждаетъ, что вѣритель имѣетъ право требовать стоимости погибшаго предмета. А между тѣмъ, слѣдуя напримѣръ Донелю, полагающему, что право выбора есть право благопріобрѣтенное, мы бы должны были признать и за вѣрителемъ право соответствующее *oblatio aestimationis*.

Относящіяся къ разсматриваемому ученію мѣста источниковъ слѣдующія:

l. 34. § 6. de contrah. emt. 18. 1.

Paulus l. XXXIII ad edictum.

Si emptio ita facta fuerit: est mihi *Stichus* aut *Pamphilus*... Если договоръ купли заключенъ слѣдующимъ образомъ: куплены

uno mortuo qui superest dandus est... Idem dicendum est etiamsi emptoris fuit arbitrium quem vellet habere. мною Стихъ или Памфилъ... въ случаѣ смерти одного, долженъ быть данъ оставшійся въ живыхъ... Тоже самое разумѣется, если выборъ предоставленъ волѣ покупателя

l. 95. pr. de sol. et lib. 46. 3.

Papin. l. XXVIII Quaest.

Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes? altero mortuo qui vicil solus petetur. Обѣщаешь ли мнѣ Стиха или Памфила, котораго я пожелаю? въ случаѣ смерти одного, только оставшійся въ живыхъ можетъ быть требуемъ.

Исключеніе изъ приведеннаго правила представляетъ слѣдующее мѣсто источниковъ:

l. 32 pr. de condict. indeb. 12. 6.

Julianus lib. X Digestorum.

Quum is, qui Pamphilum, aut Stichum debet, simul utrumque solverit, si, posteaquam utrumque solverit, aut uterque, aut alter ex his desiit in rerum natura esse, nihil repetet, id enim remanebit in soluto quod superest. Если бы тотъ, который долженъ Памфила или Стиха, доставилъ ихъ обоимъ, то онъ ничего не можетъ требовать обратно, если, послѣ того какъ они были доставлены, одинъ изъ нихъ или оба умерли, такъ какъ уплаченнымъ почитается только оставшійся въ живыхъ.

Юліанъ, какъ намъ извѣстно, предоставлялъ выборъ первоначальному должнику. Онъ признавалъ за *condictio indebiti* силу возвращать дѣло въ прежнее состояніе. Эта сила сохраняется и тогда, если одинъ или оба, по ошибкѣ уплаченные кредитору, предметы погибаютъ у него. Должникъ въ этомъ случаѣ получаетъ обратно только то, что онъ дѣйствительно имѣлъ бы, если бы ошибки не случилось. Но еслибы ошибки и не было,

должникъ все же долженъ былъ бы доставить вѣрителю существующій предметъ, поэтому онъ не можетъ и требовать обратно предмета оставшагося въ цѣлости. Будучи послѣдовательнымъ, Юліанъ долженъ былъ бы дозволить должнику доказывать, что погибшій у вѣрителя предметъ у него не погибъ бы. Еслибы должникъ доказалъ это, то тогда могъ бы получить обратно находящійся у вѣрителя и оставшійся въ сохранности предметъ.

§ 4.

II. *Случай, когда оба предмета погибли случайно.*

Если оба предмета погибли, то исполненіе обязательства дѣйствительно невозможно. Поэтому само обязательство прекращается. Безразлично при этомъ, придерживаемся ли мы воззрѣнія, что въ обязательствахъ одинъ только объектъ, или, что ихъ два. Правило это простирается какъ на случаи, въ которыхъ право выбора принадлежитъ должнику, такъ и на случаи, гдѣ оно принадлежитъ вѣрителю; все равно также, погибли ли оба предмета одновременно или одинъ послѣ другого. Хотя это положительно нигдѣ не высказано, но предполагается въ одномъ мѣстѣ источниковъ, которое мы и подвергнемъ тщательному разсмотрѣнію; это именно многократно нами приведенная I. 34. § 6. de contrah. emptione. 18. 1.

Но прежде мы предположимъ нѣсколько соображеній о *periculum* вообще, въ особенности же въ договорѣ купли—продажи.

Во всѣхъ двухстороннихъ взаимныхъ договорахъ, одна сторона можетъ требовать у другой исполненія обязательства только тогда, когда съ своей стороны исполнила или готова исполнить все условленное. Если же исполненіе обязательства со стороны одного контрагента невозможно вѣдѣвствіе несчастнаго случая, то правда контрагентъ этимъ освобождается отъ обязательства, но за то не можетъ требовать исполненія обязательства отъ противника. Исключеніе изъ это-

го правила находимъ мы въ обязательствахъ имѣющихъ своимъ содержаніемъ отчужденіе, а именно при договорѣ купли — продажи. Если обязательство продать предметъ прекращается потому, что подлежащая отчужденію вещь погибаетъ или теряется безъ всякой при этомъ вины обязаннаго лица, то послѣдній не теряетъ права требовать у противника исполненія условленнаго въ договорѣ. Постановленіе это считалось многими особенностью Римскаго права; мы не можемъ согласиться съ этимъ мнѣніемъ. Мы полагаемъ, что исключеніе это соответствуетъ вполне установленному договоромъ отношенію. Какъ извѣстно, собственникомъ проданной вещи остается, до передачи ея, продавецъ; распоряженія его относительно упомянутой вещи законны, дѣйствительны. Но еслибы онъ этими распоряженіями нарушилъ обязательство относительно покупателя, то подлежалъ бы отвѣтственности передъ послѣднимъ. *Bona fides* требуетъ поэтому, чтобы продавецъ обращался съ проданною вещью какъ съ чужою, какъ съ принадлежащею покупателю; но эта же *bona fides* требуетъ также, по причинѣ взаимности обязательства, чтобы и покупатель смотрѣлъ на вещь, какъ на вещь ему принадлежащую—несъ ея рискъ¹⁾, *periculum*.

Эти предварительныя соображенія объясняютъ достаточно мѣсто источниковъ къ которому мы теперь переходимъ.

I. 34 § 6 de contrah. emt. 18. 1.

Paulus l. XXXIII ad edictum.

Si emptio ita facta fuerit: Если договоръ купли—продажи est mihi emptus Stichus aut Pam- заключенъ слѣдующимъ образомъ: philus... uno mortuo qui supe- купленъ мною Стихъ или Памфилъ... rest dandus est, et ideo prioris если одинъ изъ нихъ умеръ, то periculum ad venditorem, poste- долженъ быть доставленъ остав- rioris ad emptorem respicit, sed et шійся въ живыхъ; поэтому рискъ si pariter decesserunt, prelium de- первого раба на продавца, рискъ bebatur, unus enim utique periculo второго на покупателя; если оба

¹⁾ Windscheid: Pandekten II. § 321.

emtoris vixit. Idem dicendum est, etiamsi emtoris fuit arbitrium, quem vellet habere.

раба умерли одновременно то покупатель должен все таки заплатить условленную сумму, так как один из них был на страх покупателя. То же самое разумно и в том случае, если выбор предоставлен покупателю.

И так первоначально погибающий предмет на страх должника или продавца, так как он обязан погибший заменить другим; второй после первого погибающий предмет на страх покупателя, так как последний обязан заплатить условленную сумму, не получая взамен ничего; на последнем лежат также и риск одной вещи при одновременной гибели обеих вещей. Все равно при этом, принадлежал ли выбор должнику или кредитору.

Приведенный отрывок очевидно предполагает те правила, в подтверждение которых мы на него сослались.

Если невозможность исполнения возникла для должника вследствие правонарушения другого лица, то взыскатель имеет в этом случае право воспользоваться требованиями, возникающими из правонарушения; вопрос относительно какаго предмета, — в случае одновременной гибели обеих предметов, — определяется различно, смотря потому, кому принадлежит выбор, должнику или взыскателю ¹⁾.

§ 5.

III. Новыя законодательства.

I. прусское право.

Изъ новейших законодательств самую отличительную, рязкую особенность представляет прусское право. Отвергнутое римским пи-

¹⁾ Windscheid. Pand. II. § 333.

сателями мнение, что выбор составляет условие раздѣлительнаго обязательства, возводится прусскимъ уложениемъ въ основное положеніе. Если изъ многихъ вещей, подлежащихъ выбору, одна или другая вещь погибнетъ, сдѣлается негодною или затеряется, то выборочная сторона не связана болѣе договоромъ, хотя конечно можетъ и соблюсти его. Извѣстный прусскій юристъ Кохъ, осуждающій это положеніе, доказываетъ его несостоятельность слѣдующимъ характеристическимъ примѣромъ:

Нѣкто купилъ 50 овецъ изъ стада состоящаго изъ 500; договоръ долженъ прекратиться, если до передачи погибла хоть одна овца изъ всего стада и такимъ образомъ выборъ не могъ быть произведенъ во всемъ его объемѣ ¹⁾.

2. австрійское право.

2. Съ постановленіями прусскаго права сходны опредѣленія австрійскаго общаго гражданскаго кодекса.

Ст. 907 ²⁾ гласитъ:

Если при заключеніи договора, положительно оговоренъ выборъ, и послѣдній сдѣлается невозможнымъ, вследствие случайной гибели одного или нѣсколькихъ подлежащихъ выбору предметовъ, то сторона, которой предоставленъ выборъ, не связана болѣе договоромъ.

Согласно этому положенію, австрійскіе юристы различаютъ обыкновенный альтернативный договоръ и альтернативный договоръ съ оговоркою выбора. Въ первомъ случаѣ, при гибели одного изъ предметовъ, обязательство сосредоточивается на оставшемся предметѣ и дѣлается простымъ; во второмъ, выборъ считается необходимымъ условіемъ, неосуществленіе котораго освобождаетъ выборочную сторону отъ выполненія договора. Впрочемъ она можетъ сохранить дѣйствительность договора, отказываясь отъ своего права выбора, и въ такомъ случаѣ противная сторона обязана исполнить договоръ, достав-

¹⁾ Koch. Recht der Forderungen Bd I. § 5.

²⁾ Stubenrauch: Das allg. burger. Gesetzbuch. ad Art. 907.

ляя одинъ изъ остальныхъ предметовъ. Имѣющее право выбора лицо не можетъ требовать отъ противной стороны вознагражденія за случайное уничтоженіе своего права.

Не лишнимъ считаемъ здѣсь упомянуть, что и первоначальный проектъ саксонскаго гражданскаго кодекса придерживался начала, высказанныхъ въ австрійскомъ и прусскомъ правѣ ¹⁾. Но, въ слѣдствіе энергическаго протеста знаменитаго Вехтера, во второмъ проектѣ начала эти не нашли примѣненія ²⁾.

5. ФРАНЦУЗСКОЕ ПРАВО.

Code Civil опредѣляетъ:

Ст. 1193. Обязательство раздѣлительное становится безусловнымъ, если одна изъ обещанныхъ вещей погибла, хотя бы и по винѣ должника. Взаимнѣ этой вещи не можетъ быть предлагаема цѣна ея.

Ст. 1194. Если въ случаѣхъ, опредѣленныхъ въ предъидущей статьѣ, право выбора договоромъ было представлено кредитору, то:

если только одна изъ вещей погибла и притомъ безъ вины должника, кредиторъ долженъ принять ту, которая осталась.

Ст. 1195. Если обѣ вещи погибли не по винѣ должника и прежде нежели онъ впалъ въ просрочку, то обязательство уничтожается согласно ст. 1302.

Ст. 1302. Если невѣстная и точно опредѣленная вещь, составлявшая предметъ обязательства, погибла или изъята изъ гражданскаго оборота или затерялась такъ, что ничего неизвѣстно о ея существованіи, то обязательство прекращается, буде вещь погибла или затерялась безъ вины должника и прежде нежели онъ впалъ въ просрочку.

Эти постановленія пополняются:

Ст. 1308. Если вещь погибла, или изъята изъ гражданскаго оборота, или же потеряна безъ вины должника, то онъ обязанъ уступить своему кредитору все, какія у него скажутся, права и иски о вознагражденіи по отношенію къ означенной вещи.

¹⁾ Entwurf § 1020.

²⁾ Waechter: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachs. Leipzig 1853, p. 128.

И такъ французское право, какъ мы видимъ, въ ученіи о вліяніи случайной гибели предметовъ на раздѣлительное обязательство, становится на точку зрѣнія классическаго римскаго права; какъ и послѣднее, оно не признаетъ *oblatio aestimationis*.

4. БАВАРСКИЙ ПРОЕКТЪ

придерживается того же воззрѣнія ¹⁾.

5. САКСОНСКИЙ ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКСЪ

придерживается, напротивъ, воззрѣній компиляторовъ Юстиніана, онъ признаетъ *oblatio aestimationis*. Относящаяся сюда постановленія кодекса отличаются общностью своего изложенія.

§ 1012. Альтернативныя обязательства прекращаются только тогда, когда невозможность исполненія существуетъ относительно всѣхъ подлежащихъ обязательству предметовъ. Если же только нѣкоторые предметы не могутъ быть исполнены, то право выбора ограничивается остальными предметами, хотя бы остался исполнимымъ только одинъ. Не дозволяется, вмѣсто неисполнимыхъ предметовъ, требовать ихъ стоимость; но если выборъ принадлежитъ должнику, то послѣдній можетъ освободиться отъ обязательства доставленіемъ стоимости одного изъ предметовъ, исполненіе которыхъ сдѣлалось невозможнымъ.

6. ОСТЗЕЙСКОЕ ПРАВО

Взглядъ саксонскаго гражданскаго кодекса раздѣляетъ и право нашихъ Остзейскихъ провинцій:

Ст. 2930. Если при обязательствахъ, коимъ подлежитъ тотъ или другой предметъ, оба случайно погибнуть, то должникъ совершенно освобождается отъ исполненія своего обязательства, не теряя впрочемъ чрезъ сіе права требовать отъ кредитора выполненія взаимнаго его обязательства. Но когда погибнетъ только одинъ изъ предметовъ, то должникъ сохраняетъ принадлежащее ему право выбора и можетъ, по своему усмотрѣнію, внести или оставшіяся предметъ, или стоимость погибшаго. Кредиторъ же, если право выбора было предоставлено ему, долженъ довольствоваться лишь однимъ оставшимся предметомъ.

¹⁾ Art. 253 § 257.

Сравнивъ остзейское право съ дѣйствующимъ въ Царствѣ Польскомъ французскимъ правомъ, видимъ, что различествуютъ они только относительно *oblatio aestimationis*.

РАЗДѢЛЪ II.

НЕВОЗМОЖНОСТЬ УПЛАТЫ ПО ВИНѢ ДОЛЖНИКА И ВСЛѢДСТВІЕ СЛУЧАЯ.

I. Случай, когда уплата одной вещи сдѣлалась невозможною по винѣ должника, другая же вещь существуетъ и можетъ быть уплачена.

А. Когда выборъ предоставленъ должнику.

§ 1.

Если предметъ раздѣлительнаго обязательства опредѣляется только послѣдующей уплатой должника, то даже умышленное уничтоженіе должникомъ одной вещи не можетъ подвергать его отвѣтственности въ отношеніи вѣрителя: уничтоженная вещь не была предметомъ обязательства, поэтому уничтожая ее, должникъ нисколько не нарушилъ своего обязательства. Уничтоженіе одного объекта раздѣлительнаго обязательства по винѣ должника, должно, по нашему воззрѣнію, повлечь за собою тѣ же послѣдствія, какъ и случайная гибель одного объекта. Погибшій объектъ исключается изъ раздѣлительнаго обязательства, которое становится одностороннимъ: уплатѣ подлежитъ только одинъ оставшійся объектъ.

Выводы эти подтверждаются l. 95, § 1 de sol et liber 46, 3. Папиніанъ, разсматривая здѣсь случай, когда сперва одинъ предметъ погибъ по винѣ должника, а потомъ другой—случайно, говоритъ: пока еще не погибъ другой предметъ можетъ быть потребованъ одинъ только

тотъ предметъ, который можетъ быть уплаченъ (*interim non alius (se servus) peti posset quam qui et solvi etiam potest*).

Это рѣшеніе открываетъ намъ основное воззрѣніе Папиніана. Толкованіе продолженія этого мѣста подтвердить только мнѣніе, что Папиніанъ видѣлъ въ раздѣлительномъ обязательствѣ неопредѣленное, по объекту, обязательство.

Таково же рѣшеніе Юліана, въ случаѣ, если одинъ предметъ поврежденъ по винѣ должника. Уплатѣ подлежитъ тогда, по необходимости, другой предметъ.

l. 33, § 1 de sol. et liber. 46, 3.

Julianus lib. LII. Digestorum.

Qui Stichum aut Pamphilum dari promisit, si Stichum vuln- Кто, обѣщавъ отдать Стиха или Памфила, ранить Стиха, не освободится отъ обязательства передачею этого раба, . . . такъ какъ онъ можетъ дать другого.

Если же придерживаться того мнѣнія, что обѣ вещи, включенныя въ раздѣлительное обязательство, непосредственно составляютъ предметъ обязательства, то уничтоженіе или поврежденіе одного изъ нихъ должникомъ будетъ нарушеніемъ обязательства, обязывающее должника къ вознагражденію вѣрителя.

Если видѣть въ обонхъ вещахъ объекты двухъ отдѣльныхъ обязательствъ, между исполненіемъ которыхъ должникъ вправѣ выбирать, то вина должника влечетъ за собою только то послѣдствіе, что ему предоставляется выборъ между уплатой вознагражденія и вносомъ другого предмета ¹⁾. Но подобный выводъ, какъ нами не разъ высказано было, противорѣчилъ бы сущности раздѣлительнаго обязательства, въ которомъ одинъ предметъ долженъ замѣнять другой.

Если считать, напротивъ, обѣ вещи объектомъ одного обязательства то должникъ, вслѣдствіе вины своей, обязывается къ вознагра-

¹⁾ Thieleman de oblig. alternativa § 7.

деню, которое, по общимъ правиламъ, можетъ быть потребовано только тогда, когда непосредственный предметъ обязательства не можетъ быть уплаченъ.

Это положеніе сходитъ въ результатъ съ приведенной I. 95, § 1 de sol. et lib. 46, 3; но только въ результатъ. Въ приведенномъ рѣшеніи, Палліанъ держится того взгляда, что должникъ вовсе не нарушилъ обязательства, (non commisit stipulationem).

Вслѣдствіе недоразумѣнія I. 95, § 1, и здѣсь установился взглядъ, что должникъ можетъ освободиться отъ обязательства уплатой стоимости уничтоженной или поврежденной имъ вещи, если только послѣдняя не была наименѣе цѣнною изъ обихъ вещей.

Въ предаточномъ предложеніи I. 95, § 1 (46, 3) говорится именно—два раба слѣдовали альтернативно—должникъ не въ правѣ предлагать стоимость умершаго по его винѣ раба, если тотъ былъ наименѣе цѣннымъ, ибо въ этомъ должно именно заключаться, по опредѣленію закона, наказаніе должника.»

«neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior quoniam id pro peritore in poenam promissoris constitutum est.»

Теперь спрашивается: слова si longe fuit vilior содержать ли только примѣръ того случая, когда должнику всего желательнѣе будетъ освободиться отъ обязательства уплатой стоимости погибшей вещи? Или же эти слова выражаютъ постановленіе закона, опредѣляющее тотъ случай, когда уплата стоимости — oblatio aestimationis — не должна имѣть мѣста?

Вопросъ этотъ всегда былъ весьма спорнымъ въ наукѣ римскаго права.

Отвѣтъ на него должно искать не въ буквѣ приведеннаго мѣста, но въ духѣ и разумѣ его и въ существѣ раздѣлительнаго обязательства.

Прежде всего мы должны вспомнить, что право уплатить стоимость погибшей вещи въ замѣну еще имѣющейся вещи противорѣчило бы существу раздѣлительнаго обязательства. То, чего мы не могли допустить, если одна вещь погибла чисто отъ случая, мы должны тѣмъ болѣе отвергнуть, если гибель вещи произошла по винѣ должника.

Кромѣ того нужно принять во вниманіе, что I. 95, § 1 de sol. 46, 3 исходитъ изъ того воззрѣнія, что раздѣлительное обязательство есть неопредѣленное обязательство, объектъ котораго опредѣляется только впоследствии, посредствомъ уплаты должника — отъ этого воззрѣнія невозможно придти къ oblatio aestimationis, такъ какъ погибшая вещь никогда не была предметомъ обязательства.

Наконецъ въ самой I. 95, § 1 сказано, что должникъ, въ случаѣ собственной вины его, долженъ быть наказанъ лишеніемъ права на oblatio aestimationis. По нашему мнѣнію, наказаніе имѣлось бы только тогда, еслибы должникъ вообще лишенъ былъ возможности извлеченія выгоды изъ существующей вещи. Въ противномъ случаѣ, въ лицѣ должника, былъ бы наказанъ и вѣритель.

Вслѣдствіе этого, мы присоединяемъ къ взгляду тѣхъ, которые въ оспариваемомъ предаточномъ предложеніи видятъ только примѣръ. По нашему мнѣнію, должникъ никогда не имѣетъ права уплатить стоимость уничтоженной вещи въ случаѣ, если вносъ одной вещи сдѣлался невозможнымъ по его винѣ.

В. Когда выборъ предоставленъ вѣрителю.

§ 2.

Если раздѣлительное обязательство есть первоначально обязательство, неизмѣющее опредѣленнаго объекта, то и въ случаѣ, если право выбора на сторонѣ вѣрителя, гибель одной вещи по винѣ должника имѣетъ тѣ же послѣдствія, какъ и въ случаѣ, когда выборъ предоставленъ былъ должнику. Обязательство превращается въ простое. Требованіе сосредоточивается на одной оставшейся вещи ¹⁾.

Можетъ быть, это положеніе уже высказано было въ

I. 95 pr. de sol. et lib. 46, 3.

Stichum aut Pamphilum, utrum Общашень ли дать Стиха или

¹⁾ Arendt de vi ac potest. obl. altern. cap. VII. § 1.

ego velim, dare spondes? altero Памфила, по моему выбору — въ mortuo, qui vivit solus petetur. случаѣ смерти одного, оставшіяся въ живыхъ одинъ можетъ быть требовать.

Чтобы найти здѣсь приведенное положеніе, мы должны слово mortuus принять въ общемъ его значеніи, и въ которомъ оно обнимаетъ какъ умершаго по винѣ должника, такъ и умершаго случайно ¹⁾.

Но не будетъ ли несправедливостью, чтобы вѣритель ограничивался въ своемъ правѣ выбора по винѣ должника ²⁾? Едва ли; ибо замѣна погибшей вещи предусмотрѣна была въ договорѣ.

Если же, напротивъ, обѣ вещи считаются объектами раздѣлительнаго обязательства, то слѣдуетъ различать:

если признать здѣсь два обязательства, то вѣрителю долженъ быть предоставленъ выборъ между оставшеюся вещью и стоимостью погибшей ³⁾;

если же признать здѣсь только одно обязательство съ двумя объектами, то вѣритель въ правѣ требовать только одинъ оставшіяся объектъ.

II. Случаи, когда сперва одна вещь погибла по винѣ должника, потомъ же случайно погибла другая.

A. Когда право выбора принадлежит должнику.

§ 3.

Если раздѣлительное обязательство есть обязательство съ первоначально неопредѣленнымъ объектомъ, то оно, какъ намъ уже извѣстно, вслѣдствіе гибели одной вещи, превращается въ одночленное: ги-

¹⁾ Arendt. l. c.

²⁾ Mommsen. die unmöglichkeit des leistung § 26.

³⁾ Thieleman. l. c.

бель первой вещи не могла быть вмѣнена должнику, какъ нарушеніе обязательства. Если затѣмъ другая вещь погибаетъ случайно, то, обратившееся въ одночленное обязательство перестаетъ существовать и должникъ освобождается совершенно. Само раздѣлительное обязательство не даетъ никакого средства принудить должника къ вознагражденію убытковъ. Это простой неумолимый выводъ и мы находимъ его ясно и опредѣленно выраженнымъ въ

I. 95 § 1 de sol. et liber. 46, 3.

Papinianus l. XXVIII. quaest.

Дѣло идетъ здѣсь о двухъ альтернативно обѣщанныхъ рабахъ.

...si facto debitoris alter sit mortuus quum debitoris esset electio... si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur *nullo modo ex stipulatu agi poterit*, quum illo in tempore quo moriebatur non commiserit, stipulationem.

....если должникъ причиною смерти одного, въ случаѣ когда право выбора принадлежитъ ему... если затѣмъ другой рабъ умираетъ не по винѣ должника, то никоимъ образомъ нельзя будетъ предъявлять искъ на основаніи обязательства, такъ какъ въ то время, когда рабъ умеръ, должникъ не нарушилъ обязательства.

Что такой результатъ былъ бы вопіющею несправедливостью — это очевидно. Должникъ своимъ собственнымъ дѣйствіемъ ухудшилъ положеніе своего вѣрителя, увеличилъ для него опасность уничтоженія обязательства и, какъ бы въ награду за это, еще освобождается отъ обязательства.

Такого результата нельзя было допустить. Это сознавалъ и Папиніанъ, и онъ рѣшился восстановить справедливость на счетъ собственной послѣдовательности. Онъ заявляетъ поэтому:

Sane quoniam impunita non debent esse admessa, doli actio non immerito desiderabitur.

Въ отчаяніи своемъ, онъ прибѣгаетъ къ actio doli, къ средству, которое предоставлялось только тогда, когда не имѣлось другаго закон-

наго способа отыскивать свое право ¹⁾. По Римскому праву, каждый обязанъ вознаграждать за вредъ, который произошелъ отъ его злой воли, *dolus*, отъ его дѣйствія, направленного для достиженія законопротивной цѣли. Вотъ основное положеніе *actio doli*. Ясно, что въ приведенномъ случаѣ это средство является весьма ограниченнымъ уже вслѣдствіе требуемыхъ для него условий. Легкая вина не можетъ быть взыскана путемъ *actio doli*. Но искъ ограниченъ еще и въ другомъ отношеніи: наследники злоумышленника отвѣчаютъ, напри- мѣръ, только въ размѣрѣ наследства и т. д.

Нѣкоторые юристы утверждали, что положеніе, заключающееся въ I. 95. § 1 de sol. выражаетъ только особенность стипуляцій, никто однако, не попытался даже доказать свою догадку ²⁾.

Вѣрно то, что I. 95. § 1 de sol. содержитъ выводъ изъ извѣстнаго воззрѣнія на раздѣлительныя обязательства вообще. Не только при договорахъ строгаго права, но и при договорахъ *bonae fidei*, Папни- анъ, будучи послѣдовательнымъ, не могъ бы въ разсматриваемомъ здѣсь случаѣ предоставить право иска по договору.

Совсѣмъ другое, разумѣется, если придерживаться того взгляда, что оба альтернативно обѣщанные предметы состоятъ предметомъ долга. Тогда вѣритель, въ силу самаго договора, въ правѣ требовать вознагражденія убытковъ, происшедшихъ отъ гибели предмета по винѣ должника ³⁾.

Признающій притомъ начало *oblatio aestimationis* допустить ее, можетъ быть, и въ настоящемъ случаѣ ⁴⁾.

¹⁾ Windscheid Pand II. § 451.

²⁾ Vangerow. Pandecten § 569.
Momsen l. c.

Zimern Arch. f. civ. praxis bd I.

³⁾ Thieleman de obl. alt. § 7.

⁴⁾ Vangerow. l. c.

В. Когда право выбора принадлежитъ вѣрителю.

§ 4.

Если первоначально ни одна изъ вещей не состоитъ предметомъ долга, то происходитъ тоже самое, что произошло бы въ случаѣ, если право выбора принадлежало бы не ему, а должнику, и притомъ по тѣмъ же причинамъ ¹⁾.

Если же обѣ вещи состоятъ предметомъ долга, то и въ данномъ случаѣ вѣритель, въ силу договора, въ правѣ требовать стоимость предмета, уничтоженнаго должникомъ.

III. Случаи, когда одна вещь погибла случайно, затѣмъ другая погибла по винѣ должника.

§ 5.

Этотъ случай не требуетъ вовсе особаго изслѣдованія. Дѣйствіе случайной гибели одной вещи на раздѣлительное обязательство намъ уже извѣстно. Предоставленъ ли выборъ должнику или вѣрителю, обязательство во всякомъ случаѣ превращается въ одночленное; вина должника разсматривается съ того момента такимъ же образомъ, какъ и во всякомъ другомъ одночленномъ обязательствѣ. Вѣритель получаетъ право искать вознагражденія, на основаніи самаго обязательства.

Признающій *oblatio aestimationis*, при случайной гибели одного изъ объектовъ, долженъ будетъ признать ее и въ данномъ случаѣ, когда право выбора на сторонѣ должника.

¹⁾ Arendt. l. c.

IV. Случай, когда оба предмета погибли один за другим по вине должника

§ 6.

Если, первоначально, при установлении раздѣлительнаго обязательства неопредѣленно въ отношеніи объекта, то вслѣдствіе гибели одной вещи, оно становится опредѣленнымъ. Принадлежитъ ли выборъ одному или другому контрагенту, — вѣритель, во всякомъ случаѣ, имѣетъ право на вознагражденіе за вредъ и убытки, понесенныя имъ вслѣдствіе уничтоженія второй вещи.

Если же, напротивъ, обѣ вещи состоятъ предметомъ долга, то вина должника, противная содержанію раздѣлительнаго обязательства, порождаетъ на его сторонѣ обязанность вознагражденія за одну или другую вещь ¹⁾.

Кому первоначально предоставленъ былъ выборъ между вещами, тому и теперь предоставляется выборъ вознагражденія.

V. Случай, когда обѣ вещи погибли одновременно, по вине должника.

§ 7.

По одному воззрѣнію, съ самаго установленія раздѣлительнаго обязательства, одна вещь несомнѣнно состоитъ предметомъ долга, предварительно неизвѣстно только, которая именно. Въ данномъ случаѣ, когда обѣ вещи погибли по винѣ должника, то очевидно, что должникъ обязанъ вознаграждать вѣрителя за одну изъ погибшихъ вещей, неизвѣстно только, за которую именно. Это опредѣляется по выбору должника или вѣрителя, смотря потому, который изъ нихъ имѣетъ право выбора.

¹⁾ Thiedeman I. c.

Если же держаться противоположнаго взгляда, то въ данномъ случаѣ, предметами раздѣлительнаго обязательства вмѣсто двухъ вещей, становятся два различныя вознагражденія за погибшія вещи, при чемъ первоначально имѣвшій право выбора сохраняетъ за собою это право

практическій результатъ одинъ и тотъ же при обоихъ воззрѣніяхъ.

VI. Новѣйшія законодательства.

Въ этомъ раздѣлѣ мы не будемъ придерживаться того чередоваго порядка, которому мы слѣдовали до сихъ поръ при изложеніи новѣйшихъ законодательствъ. Мы рассмотримъ сперва особенно поучительное для насъ французское законодательство; а прусское и австрійское изъ которыхъ едва ли намъ можно заимствовать что нибудь мы рассмотримъ въ концѣ.

§ 8.

Французское законодательство.

Французское законодательство представляетъ воишюція противорѣчія по вопросамъ, разсматриваемымъ въ настоящемъ раздѣлѣ. Эти противорѣчія оставались бы и въ томъ случаѣ, если бы мы, по логической необходимости, свели постановленія Code Napoleon къ двумъ противоположнымъ принципамъ, смотря потому, имѣетъ ли право выбора должникъ или вѣритель. Въ первомъ случаѣ французское законодательство исходитъ изъ того положенія, что раздѣлительное обязательство, первоначально при возникновеніи, неопредѣленно относительно объекта; во второмъ случаѣ — обѣ вещи состоятъ предметомъ долга.

1. О случаѣ, когда одна вещь погибла по винѣ должника, тогда какъ другая еще существуетъ, Code Civil постановляетъ:

а) если право выбора на сторонѣ должника.

Статья 1193. «Обязательство раздѣлительное становится безусловнымъ (pure et simple), если одна изъ обѣщанныхъ вещей погибла и не мо-

жетъ быть доставлена, хотя бы и по винѣ должника. Взаимнѣ этой вещи не можетъ быть предлагаема цѣна ея.

Это постановленіе вполне соответствуетъ взгляду Папиніана, (l. 95 § 1 de sol. et lib. 46, 1), оно необходимый выводъ изъ принципа не определенности раздѣлительнаго обязательства.

б) Другое дѣло, если право выбора на сторонѣ вѣрителя.

Ст. 1194. «Если только одна изъ вещей погибла.... по винѣ должника, кредиторъ можетъ требовать оставшуюся вещь или цѣну вещи погибшей».

Это положеніе, какъ намъ извѣстно, есть выводъ изъ принципа определенности раздѣлительнаго обязательства.

2. Въ случаѣ когда сперва одна вещь погибаетъ по винѣ должника, за тѣмъ другая случайно или наоборотъ, мы находимъ:

а) если право выбора на сторонѣ должника:

Ст. 1193. Если обѣ вещи погибли и должникъ виновенъ въ гибели одной изъ нихъ, то онъ обязанъ заплатить цѣну той вещи, которая погибла позже.

Постановленіе это вполне справедливо, если первая вещь погибла отъ случая, а вторая— по винѣ должника. Въ подобномъ случаѣ оно соответствуетъ требованіямъ справедливости, изъ какаго бы принципа мы ни исходили.

Если же, напротивъ, первая вещь погибла по винѣ должника, а вторая случайно, то въ такомъ случаѣ постановленіе это обнаруживаетъ только непоследовательность законодателя.

По статьѣ 1193, раздѣлительное обязательство становится безусловнымъ и простымъ, если одна изъ обѣщанныхъ вещей погибла хотя бы и по винѣ должника. Къ обязательству, ставшему простымъ, должны примѣняться всѣ существующія о простыхъ обязательствахъ правила. Поэтому если теперь обѣщанная вещь, случайнымъ образомъ, погибаетъ, то должно бы прекратиться и само обязательство (ст. 1302) и должникъ совершенно освободиться.

На такой выводъ законодатель однако не рѣшился. Если бы онъ хотѣлъ быть последовательнымъ—то онъ долженъ былъ или признать

изложенный выводъ, или статью 1193 формулировать другимъ образомъ.

Если уже, въ видахъ справедливости, нужно было прибѣгнуть къ непоследовательности, то почему именно въ такой формѣ? По какой причинѣ должникъ долженъ заплатить цѣну вещи погибшей послѣднею, гибель которой произошла случайно, а не цѣну первой вещи, гибель которой онъ самъ причинилъ? Последнее было бы, по нашему мнѣнію, гораздо справедливѣе.

б) Если право выбора на сторонѣ вѣрителя, то постановляется:

Ст. 1194. Если обѣ вещи погибли и притомъ... одна по винѣ должника, то кредиторъ можетъ требовать цѣну той или другой вещи, по своему выбору.

Даже и тогда, если обѣ вещи считать предметомъ обязательства, постановленіе это вполне невѣрно и противорѣчитъ первому постановленію той же статьи.

Если первая вещь погибла случайно, то вѣритель, если право выбора на его сторонѣ, можетъ требовать только вторую, оставшуюся вещь. Если затѣмъ и эта вещь погибаетъ по винѣ должника, то какимъ образомъ вѣритель могъ бы требовать стоимости первой вещи, погибшей случайно, и вышедшей изъ обязательства? Почему его право на вознагражденіе не ограничено вещью, погибшей послѣднею?

Если первая вещь погибла по винѣ должника, то вѣритель въ правѣ требовать либо стоимость первой вещи, либо оставшуюся вещь. Если затѣмъ и эта вещь погибаетъ, хотя бы случайно, то положеніе дѣла такое же, какъ и въ случаѣ, когда изъ двухъ вещей раздѣлительнаго обязательства, одна погибаетъ случайно. Раздѣлительное обязательство обращается тогда въ одночленное и сосредоточивается на оставшейся вещи. Спрашивается, какимъ же образомъ вѣрителю предоставляется право требовать стоимость и второй погибшей вещи, а не одной только первой?

3. Въ случаѣ, когда обѣ вещи погибли по винѣ должника, мы опять должны различить:

Если выборъ предоставленъ должнику, то мы должны только при-

мѣнить статью 1193-ю, по которой раздѣлительное обязательство становится безусловнымъ, если одна изъ вещей погибла по винѣ должника или случайно. Вѣритель, слѣдовательно, въ правѣ требовать только вознагражденія за вторую погибшую вещь—единственный объектъ его права по обязательству, ставшему безусловнымъ и одночленнымъ.

При одновременной гибели обѣихъ вещей, постановленіе статьи 1193-ей было бы непримѣнимо. Мы должны были бы, какъ мы видѣли при изслѣдованіи римскаго права, предоставить должнику выборъ плати стоимости одной или другой вещи. Это рѣшеніе было бы справедливо, изъ какого бы принципа мы ни исходили.

Если право выбора на сторонѣ вѣрителя, то примѣняется статья 1194-я.

Если обѣ вещи погибли и притомъ обѣ... по винѣ должника, то кредиторъ можетъ требовать цѣну той или другой вещи по своему выбору.

Правило это вытекаетъ, какъ намъ извѣстно, изъ принципа определенности раздѣлительнаго обязательства. Оно не дѣлаетъ никакого различія между одновременной и разновременной гибелью обѣихъ вещей.

Противоположный принципъ, въ случаѣ разновременной гибели обѣихъ вещей, предоставилъ бы вѣрителю право на стоимость только второй погибшей вещи.

§ 9.

Остзейское право.

Французскому праву весьма еродны гражданскіе законы нашихъ остзейскихъ губерній.

Постановленія о случаяхъ, разсмотрѣнныхъ въ настоящей главѣ содержатся въ статьяхъ 2931 и 2932 гражданскихъ законовъ остзейскихъ губерній.

Ст. 2931. Если одинъ изъ двухъ, подлежащихъ вносу, предметовъ погибнетъ по винѣ противной стороны или вслѣдствіе промедленія съ ея стороны, то имѣющей право выбора сохраняетъ сіе послѣднее, будетъ ли онъ должникъ или кредиторъ, и можетъ, по своему произволу, или, какъ должникъ,—внести оставшіяся предметъ, либо стоимость погибшаго, или, какъ кредиторъ—требовать то или другое. Когда же противною стороною уничтожены оба предмета, то отъ пользующагося выборомъ зависитъ за тотъ или другой получить вознагражденіе.

Статья 2932. Если одинъ предметъ или оба погибнутъ по винѣ того, кому принадлежитъ право выбора, то онъ теряетъ это право, и тогда, въ случаѣ гибели одного предмета, онъ можетъ, смотря по тому: лежитъ ли на немъ обязанность вноса или принадлежитъ ему право требованія, или внести, или требовать оставшіяся предметъ; въ случаѣ же гибели обѣихъ предметовъ, и притомъ одного послѣ другаго, вносъ или требованіе ограничивается стоимостью того, который погибъ послѣднимъ; а когда гибель ихъ послѣдовала одновременно, то противная сторона сама выбираетъ предметъ, за который она предпочитаетъ получить вознагражденіе.

Въ обѣихъ этихъ статьяхъ перемѣнены между собою случаи, когда должникъ виною гибели предметовъ обязательства, и случаи, когда причиною тому вѣритель.

Отдѣливши эти случаи одни отъ другихъ, мы получимъ слѣдующія отдѣльныя постановленія:

1) если погибъ только одинъ предметъ, то:

а) если должникъ пользуется правомъ выбора (ст. 2932), онъ долженъ внести оставшіяся предметъ;

б) если правомъ выбора пользуется вѣритель, онъ въ правѣ требовать или оставшіяся предметъ или стоимость погибшаго, (ст. 2931).

2) Если оба предмета погибли и притомъ одинъ послѣ другаго (первый отъ случая, второй по винѣ, первый по винѣ, второй отъ случая), то нужно имѣть въ виду:

а) если выборъ принадлежитъ должнику, (ст. 2932) уплата ограничивается стоимостью предмета погибшаго послѣднимъ;

б) если право выбора на сторонѣ вѣрителя, то онъ въ правѣ выбирать вознагражденіе за тотъ или другой предметъ. (ст. 2931).

3. Въ случаѣ одновременной гибели обоихъ предметовъ:

а) если право выбора принадлежало должнику, то вѣритель въ правѣ опредѣлить за какой предметъ онъ предпочитаетъ получить вознагражденіе (ст. 2932)—постановленіе въ высшей степени своеобразное, котораго мы не находимъ нигдѣ; оно выведено изъ принципа наказанія за вину;

б) если право выбора принадлежало вѣрителю, онъ можетъ выбирать стоимость одного или другаго предмета.

§ 10.

Саксонское право.

Саксонское гражданское право представляетъ послѣдовательное проведеніе двухъ принциповъ.

Въ случаѣ, если право выбора на сторонѣ должника, проводится принципъ первоначальной неопредѣленности раздѣлительнаго обязательства; въ случаѣ, если право выбора на сторонѣ вѣрителя, проводится принципъ опредѣленности раздѣлительнаго обязательства. Единственная неослѣдовательность саксонскаго законодательства въ случаѣ гибели одного предмета по винѣ, а другаго случайно, имѣетъ, по крайней мѣрѣ, за собою справедливость.

§ 722. Если должнику принадлежитъ право выбора между нѣсколькими предметами, и по его винѣ уплата одного предмета становится невозможною, то вѣритель не имѣетъ права требовать стоимости этого предмета, а должникъ не можетъ освободиться отъ обязательства уплатой ея; обязательство ограничивается оставшимися только предметами. Если вѣритель имѣлъ право выбора между нѣсколькими предметами, то въ случаѣ гибели одного предмета по винѣ должника, онъ въ правѣ выбрать и стоимость этого предмета.

§ 723. Если должникъ, по своей винѣ, сдѣлалъ уплату невозможной относительно всѣхъ предметовъ, выборъ между которыми ему былъ предоставленъ, то если невозможность уплаты наступила относитель-

но всѣхъ предметовъ одновременно, онъ вноситъ стоимость одного изъ этихъ предметовъ по своему выбору, а если невозможность наступила въ различные времена, онъ долженъ уплатить стоимость предмета, погибшаго послѣднимъ. Если право выбора принадлежало вѣрителю, то онъ во всѣхъ случаяхъ можетъ выбирать стоимость какого предмета онъ желаетъ требовать.

§ 728. Если должникъ причиной невозможности уплаты одного изъ нѣсколькихъ предметовъ, а остальные предметы погибли случайно, то должникъ, принадлежитъ ли право выбора ему или вѣрителю, обязанъ уплатить стоимость предмета, погибшаго по его винѣ.

§ 11.

Баварскій проектъ.

Баварскій проектъ держится той же точки зрѣнія, какъ и Саксонское законодательство.

Въ немъ только не рассмотрѣнъ случай, когда первый предметъ погибаетъ по винѣ, а второй случайно. Будучи послѣдовательною, судебная практика должна была бы въ такомъ случаѣ совершенно освободить должника отъ обязательства, такъ какъ гибель одной вещи, даже по винѣ должника, влечетъ за собою превращеніе раздѣлительнаго обязательства въ одночленное.

Постановленія баварскаго проекта слѣдующія:

Статья 254. Если должникъ виною невозможности уплаты одного предмета, то примѣняется постановленіе статьи 253, пункта 1, если право выбора на сторонѣ должника.

Если право выбора на сторонѣ вѣрителя, то онъ въ правѣ требовать уплаты другаго предмета или стоимости погибшаго.

Статья 253, пунктъ Absatz) 1. Если одинъ изъ двухъ альтернативно обѣщанныхъ взносов случайно сталъ невозможнымъ, то обязательство продолжаетъ существовать какъ одночленное, такимъ образомъ, что только другой взносъ вѣрителемъ можетъ быть потребованъ, а должникомъ произведенъ, во исполненіе обязательства.

Статья 256. Если должникъ причинилъ невозможность обоимъ взносамъ, и притомъ одновременно, то онъ въ правѣ уплатить стоимость одного или другаго, по своему выбору.

Если онъ сдѣлалъ взносы невозможными одинъ послѣ другаго, то онъ обязанъ уплатить стоимость взноса, сдѣланнаго невозможнымъ послѣднимъ.

Если права выбора на сторонѣ вѣрителя, то онъ въ правѣ требовать стоимость одного или другаго взноса, по своему выбору.

§ 12.

Австрийское и прусское законодательства.

Для вѣрнаго изображенія законодательства этихъ великихъ державъ по вопросамъ, разсматриваемымъ въ настоящей главѣ, намъ недостаетъ матеріала. Мы должны довольствоваться немногими недостаточными узаконеніями, изъ которыхъ невозможно вывести точное юридическое представленіе.

I. Австрийское законодательство.

Здѣсь важно заключеніе статьи 907-й.

Ст. 907. Если договоръ заключенъ былъ съ ясно выраженнымъ условіемъ выбора, который становится невозможнымъ вслѣдствіе гибели одного или нѣсколькихъ предметовъ, подлежащихъ выбору, то сторона, которой выборъ предоставленъ, не обязывается сямъ договоромъ. Если это произошло по винѣ должника, то онъ отвѣчаетъ вѣрителю за разстройство выбора.

II. Прусское законодательство.

По мнѣнію Коха ¹⁾, здѣсь дѣйствуютъ слѣдующія положенія, которыя онъ вывелъ изъ обобщенія отдѣльныхъ опредѣленій Прусскаго Уложения.

¹⁾ Recht de forderungen bd. I. § 5.

1. Если гибель произошла случайно или отъ дѣйствія стороны, не имѣющей права выбора, то отъ имѣющаго право выбора зависитъ удержать въ силѣ договоръ, въ случаѣ если осталась хоть одна изъ вещей,—но въ такомъ случаѣ онъ не можетъ требовать вознагражденія убытковъ; если же противная сторона причинила потерю умышленно или посредствомъ грубаго упущенія, то она обязывается уплатить вознагражденіе.

2. Если имѣющій право выбора собственнымъ содѣйствіемъ причинилъ потерю, то онъ долженъ придерживаться договора и въ случаѣ, если выборъ сталъ для него невозможенъ.

РАЗДѢЛЪ III.

НЕВОЗМОЖНОСТЬ УПЛАТЫ ПО ВИНѢ ВѢРИТЕЛЯ И ВСЛѢДСТВІЕ СЛУЧАЯ.

§ 1.

Введеніе.

Случаемъ въ юридическомъ смыслѣ считается все то, чего нельзя приписать винѣ извѣстнаго лица, что не можетъ быть ему вѣрено. Въ лицѣ должника, поэтому, слѣдуетъ считать случаемъ уничтоженіе объекта обязательства третьимъ лицомъ, будь этимъ лицомъ даже самъ вѣритель.

Вотъ первое положеніе, которое мы должны поставить во главѣ ученія, подлежащаго теперь нашему изслѣдованію.

Въ лицѣ вѣрителя, однако, причиненная имъ гибель предмета обязательства не есть случай. Какъ всякое другое правонарушеніе, она налагаетъ на вѣрителя обязанность вознагражденія должника.

Вотъ второе положеніе, которое здѣсь нужно было привести.

Изъ примѣненія къ раздѣлительному обязательству этихъ двухъ по-

ложеній, не составляющихъ, впрочемъ, особенности одной какой либо правовой системы, развивается все ученіе разсматриваемое въ настоящей главѣ.

Послѣ этихъ предварительныхъ словъ, перейдемъ къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ могущихъ здѣсь возникнуть случаевъ.

I. Случай, когда одна вещь погибла по винѣ вѣрителя, другая же еще существуетъ.

А. Когда выборъ принадлежитъ должнику.

§ 2.

Гибель вещи по винѣ вѣрителя равносильна, въ лицѣ должника, гибели вещи отъ случая.

Выводы изъ этого положенія весьма просты.

Обязательство становится одночленнымъ и сосредоточивается на оставшейся вещи. Только она можетъ быть потребована, только она можетъ быть уплачена.

Тотъ, по мнѣнію котораго должникъ въ правѣ удовлетворить вѣрителя стоимостью погибшей вещи, если гибель ея послѣдовала случайно, еще болѣе будетъ настаивать на предоставленіи должнику этого права, въ случаѣ, если гибель вещи должна быть приписана винѣ вѣрителя. Вѣритель своею виною никоимъ образомъ не долженъ ухудшать положеніе должника, сравнительно съ тѣмъ, если вещь погибла отъ случая ¹⁾.

Само собою разумѣется, что вѣритель отвѣтственъ предъ должникомъ за причиненный вредъ. Должникъ въ правѣ искать съ вѣрителя возмѣщенія убытковъ.

Въ Римскомъ правѣ, искъ о возмѣщеніи убытковъ основывался на

¹⁾ Vangerow. I. c.

lex Aquilia и былъ извѣстенъ подъ названіемъ actio legis Aquiliae. Особенность этого иска состояла въ томъ, что потерпѣвшій былъ въ правѣ, при счетѣ своихъ убытковъ, основываться на томъ моментѣ послѣдняго года, который былъ для него всего благоприятнѣе.

Въ нѣмецкомъ правѣ развивавшаяся на началахъ римскаго, actio legis Aquiliae сдѣлалась обыкновеннымъ искомъ объ убыткахъ; но элементъ наказанія, присущій этому иску, не принятъ въ Германіи ¹⁾.

По мнѣнію признающихъ oblatio aestimationis, должникъ въ правѣ вчинить искъ о вознагражденіи убытковъ и предложить стоимость погибшей вещи; но онъ можетъ также предложить разницу между количествомъ вознагражденія и стоимостью погибшей вещи или же требовать эту разность, смотря по тому, какая сумма большая: цѣна погибшей вещи или количество вознагражденія ²⁾.

Должникъ имѣетъ право на вознагражденіе убытковъ; но можетъ ли онъ поэтому требовать, чтобъ вѣритель уничтоженную имъ вещь считалъ уплатой?

Это, собственно, было бы справедливо. «Интересъ должника состоитъ въ томъ, чтобы быть поставленнымъ въ то состояніе, въ которомъ онъ бы находился, еслибъ вещь не была уничтожена; но тогда онъ бы могъ употребить эту вещь для уплаты долга» ³⁾.

Римское право не знаетъ за должникомъ такого права. Это видно изъ вышеприведенной l. 55 ad legem Aquilianam 9, 2.

Должникъ альтернативно обѣщалъ вѣрителю двухъ рабовъ, изъ которыхъ одинъ стоилъ 10, другой 20. Вѣритель убиваетъ дешевѣйшаго раба. Начиная съ того момента, обязательство сосредоточивается на дорожайшемъ рабѣ. Этого должникъ *долженъ* отдать, говоритъ юристъ (quem necesse habeo dare). Юристъ не могъ бы этого сказать, еслибы должникъ имѣлъ право вмѣнять убитаго раба въ уплату. Мало того, искъ объ убыткѣ простирается на 20, а не на 10, ибо должникъ дол-

¹⁾ Mommsen I. c.

²⁾ Zimmermann. I. c.

³⁾ Mommsen I. c. Anmerkung. 16.

женъ теперь отдать болѣе цѣнный предметъ. Еслибы должникъ могъ засчитать вѣрителю убитаго раба въ уплату, то искъ о возмѣщеніи убытковъ ни въ какомъ случаѣ не могъ бы быть вчиненъ.

Въ доказательство того, что должникъ въ правѣ засчитать уничтоженную вещь въ уплату, страннымъ образомъ ссылались на слѣдующее мѣсто:

I. 105. de verborum obligationibus XLV, I.
Javolenus (lib. II Epistolarum).

Stipulatus sum Damam aut Ero-
tem servum dari; quum Damam
dares, ego, quominus acciperem,
in mora fui; mortuus est Dama, an
putes, me ex stipulatu actionem
habere? Respondit, secundum Ma-
surii Sabini opinionem puto te ex
stipulatu agere non posse; nam is
recte existimabat, si per debitorem
mora non esset, quominus id, quod
debebat, solveret, continuo eum de-
bito liberari

По сдѣланному уговору мнѣ слѣ-
дуетъ отдать раба Дамаса или
Эроса. Когда ты предлагалъ мнѣ
Дамаса, я былъ въ просрочкѣ, такъ
какъ не хотѣлъ принимать его. Да-
масъ умеръ. Какъ думаешь, имѣю ли
я право иска на основаніи стипу-
ляціи? Онъ отвѣтилъ: по мнѣ-
нію Мазурія Сабина я полагаю,
что ты не въ правѣ вчинить
искъ на основаніи этой стипуля-
ціи, ибо онъ вполне вѣрно полагалъ,
что въ случаѣ если уплата
не состоялась не вслѣдствіе про-
срочки должника, должникъ освобождается
отъ обязательства.

Какъ мало это мѣсто можетъ служить доказательствомъ защищаемаго правила, очевидно само собою. Оно выражаетъ только правило, уже разсмотрѣнное нами въ другомъ мѣстѣ, что вѣритель съ того момента, когда ему предложена была уплата и онъ безъ уважительной причины противозаконно медлил пріемомъ уплаты, несетъ страхъ предложенной вещи ¹⁾.

Однако, правило это, неизвѣстное Римскому праву, принято было, какъ увидимъ впоследствии, въ нѣкоторыхъ новѣйшихъ законодательствахъ.

¹⁾ Zimmern. l. c.

В. Когда право выбора на сторонѣ вѣрителя.

§ 3.

И здѣсь мы должны сказать:

уничтоженіе вѣрителемъ одной вещи есть не болѣе какъ случай относительно должника;

слѣдствіемъ этого случая является то, что обязательство сосредоточивается на оставшейся вещи, которая только и можетъ быть потребована и отдана;

должникъ въ правѣ только исать съ вѣрителя вознагражденія за уничтоженную вещь.

Искъ о вознагражденіи является и здѣсь, въ видѣ actio legis Aquiliae. Въ выше разсмотрѣнномъ случаѣ, изложенномъ въ l. 55 ad. l. Aquilianam 9. 2.—Еслибы право выбора было на сторонѣ вѣрителя, искъ могъ бы простираться только на сумму въ десять; такъ какъ вѣритель былъ въ правѣ выбрать болѣе цѣннаго раба.

Этимъ мы бы могли заключить настоящій §, еслибы намъ не предстояло еще опровергнуть два ложныхъ мнѣнія.

1. Нѣкоторые юристы ¹⁾ утверждаютъ, что вѣритель, и въ случаѣ уничтоженія имъ одной вещи, сохраняетъ свое право выбора, т. е., онъ въ правѣ требовать или стоимость уничтоженной вещи, или оставшуюся вещь. Если онъ отыскиваетъ первую, то искъ этотъ, естественно, зачитывается встрѣчнымъ искомъ должника о вознагражденіи за уничтоженную вещь. Легко представить себѣ, какое важное экономическое значеніе подобное право выбора можетъ имѣть для вѣрителя, въ случаѣ если онъ уничтожилъ болѣе цѣнную вещь.

Но несомнѣнно, что подобное право выбора противорѣчило бы существу дѣла.

Если первая вещь погибла, то обязательство сосредоточилось на

¹⁾ Momsen l. c. Zimmern. l. c.

оставшейся вещи. Смотря потому, какого воззрѣнія мы будемъ держаться, мы должны сказать о первой вещи, или то, что она вышла изъ обязательства, или, что она должна считаться никогда не входившею въ него. Какимъ же образомъ, послѣ этого, довѣритель можетъ требовать вещь, находящуюся совсѣмъ внѣ его юридическихъ отношеній къ должнику?

Подобное право выбора кромѣ того нарушило бы гармонію правовой системы.

Если одна вещь погибла чисто случайнымъ образомъ, безъ всякой вины вѣрителя, то несомнѣнно, что вѣритель не имѣетъ такого права выбора. Какимъ образомъ онъ можетъ пользоваться такимъ правомъ именно въ случаѣ вины съ его стороны? ¹⁾

Такое право выбора, наконецъ, не имѣетъ никакого основанія въ источникахъ положительнаго права: — собственно говоря, дѣло принимаетъ такой оборотъ, какъ будто защитники этого права выбора считали его понятнымъ само собою.

2. Другіе юристы ²⁾ держатся того мнѣнія, что если вѣритель, имѣющій право выбора, уничтожитъ одну вещь, подлежащую раздѣлительному обязательству, то вещь эта должна считаться имъ выбранною и поступившею къ нему въ уплату.

Мнѣніе это основывается прежде всего на совершенно бездоказательной фикціи. Оно отождествляетъ два совершенно противоположныхъ понятія: уничтоженіе вещи и выборъ ея.

Если уничтоженіе вещи не есть ея выборъ, то мнѣніе это противорѣчитъ существу раздѣлительнаго обязательства. Уничтоженная вещь, или перестаетъ подлежать обязательству или же считается никогда не входившею въ него и, поэтому, вовсе не можетъ быть предметомъ уплаты.

Мнѣніе это заключаетъ также въ себѣ несправедливость въ отношеніи должника, котораго лишаютъ, въ пользу виновнаго вѣрителя,

¹⁾ Vangerov I. c.

²⁾ Напр. Thibaut system. § 80.

права иска убытковъ, — права, которое можетъ быть драгоценнѣе самой уничтоженной вещи.

Наконецъ, и это мнѣніе не имѣетъ никакого положительнаго основанія. Приверженцы его ссылаются на два мѣста: во первыхъ, на вышеприведенную l. 105. de verbor. obl. 45, 1; — но намъ уже извѣстно, что въ этомъ мѣстѣ разсматривается совсѣмъ иной случай, который не можетъ служить здѣсь доказательствомъ; — во вторыхъ, на l. 72. pr. de sol. 46.3, выражающую тоже правило, какъ l. 105, и поэтому также не имѣющую большой доказательной силы.

l. 72 D. de sol. et lib. 46, 3

Marcellus lib. XX Dig.

Qui decem debet, si ea obtulerit creditori et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdidit, doli mali exceptione potest se tueri.... etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. Quare pro soluto, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Et sane si servus erat in dote, eumque obtulit maritus et is servus decessit, aut numos obtulit, eosque non accipiente muliere perdidit, ipso jure desinet teneri.

Если тотъ, кто долженъ десять, предложитъ ихъ вѣрителю, и этотъ безъ законной причины откажется ихъ принять, и послѣ этого должникъ, помимо всякой вины съ своей стороны, потеряетъ ихъ, то онъ можетъ защищаться возраженіемъ злаго умысла....ибо несправедливо, чтобъ онъ отвѣтствовалъ еще послѣ потери денегъ, отъ уплаты которыхъ онъ былъ бы свободенъ, еслибъ вѣритель захотѣлъ ихъ принять. Вслѣдствіе того слѣдуетъ считать уплаченнымъ то, что кредиторъ замедлитъ принять. Поэтому, если рабъ находился въ приданомъ, супругъ его напрасно возвращалъ и рабъ этотъ потомъ умеръ, или если супругъ предлагалъ деньги, и послѣ непріятія ихъ супругою, потерялъ ихъ, онъ освобождается, ipso jure, отъ обязательства.

Какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ мѣстѣ предполагается, что право выбора на сторонѣ должника, а не вѣрителя, и въ обоихъ мѣстахъ говорится только о промедленіи уплаты по винѣ вѣрителя.

Опроверженное здѣсь воззрѣніе принято было, однако, въ нѣкоторыхъ новѣйшихъ законодательствахъ.

II. Случай, когда одна вещь погибла по винѣ вѣрителя, другая же потомъ погибла случайно.

A. Когда право выбора на сторонѣ должника.

§ 4.

Вина вѣрителя приравнивается случаю.

Если первая вещь погибла, то обязательство сводится на оставшуюся вещь.

Если затѣмъ вторая вещь погибаетъ совершенно случайно: то есть безъ всякой причины со стороны вѣрителя, то прекращается все обязательство.

Должникъ совершенно освобождается въ такомъ случаѣ и можетъ исать вознагражденія за первую уничтоженную вещь.

Если бы вѣритель уничтожилъ менѣе цѣнную вещь, то убытокъ вычислялся бы, какъ намъ извѣстно, по стоимости болѣе цѣнной вещи ибо послѣднюю должникъ обязанъ былъ бы отдать. Расчетъ этотъ остается тѣмъ же и въ случаѣ если болѣе цѣнная вещь погибла впоследствии, и дѣлается такъ, что посредствомъ этой вещи уплата состоитъ не можетъ. Право на извѣстное вознагражденіе приобретаетъ въ самый моментъ причиненія убытка, и на него не имѣетъ никакого вліянія позднѣйшая гибель второй вещи.

B. Когда право выбора на сторонѣ вѣрителя.

§ 5.

Случай этотъ долженъ естественно разсматриваться на основаніи тѣхъ же положеній, какъ и предшествовавшихъ.

Считающій уничтоженную вѣрителемъ вещь уплатою долженъ будетъ отказать должнику въ правѣ на вознагражденіе.

Кто предоставляет вѣрителю право требовать стоимость уничтоженной имъ вещи, и въ данномъ случаѣ будетъ настаивать на зачетѣ требуемой стоимости посредствомъ вознагражденія должника.

III. Случай, когда одна вещь погибла случайно, другая затѣмъ по винѣ вѣрителя.

§ 6.

Принадлежитъ ли право выбора вѣрителю или должнику, вслѣдствіе случайной гибели одной вещи раздѣлительное обязательство превращается въ одночленное. Послѣ этого, если вѣритель уничтожаетъ единственный предметъ своего требованія, онъ вредитъ только себѣ, если уничтоженіе происходитъ въ то время, когда должникъ уже проерочилъ свое обязательство. Въ противномъ случаѣ вѣритель обязанъ вознаградить убытки должника, котораго онъ ранѣе срока лишилъ вещи.

l. 54 ad. l. Aquiliam. 9, 2.

Papinianus l XXXVII. Quaestionum.

Legis Aquiliae debitori competit actio, quum reus stipulandi ante moram promissum animal vulneravit. Idem est, et si occiderit ani- Должникъ имѣетъ искъ на основаніи *lex Aquilia*; если кредиторъ до просрочки должника ранилъ общанное ему, по стипуляціи,

mal. Quodsi post moram promissoris, qui stipulatus fuerat, occidit, debitor quidem liberatur, lege autem Aquilia hoc casu non recte experietur; nam creditor ipse sibi potius quam alii injuriam fecisse videtur.

животное, точно также, если онъ убилъ животное. Если же кредиторъ убилъ животное послѣ просрочки должника, то должникъ освобождается отъ своего обязательства; и не въ правѣ исать, въ данномъ случаѣ, съ кредитора на основаніи lex Aquilia, потому что кредиторъ очевидно нанесъ вредъ болѣе самому себѣ, чѣмъ другому.

Основанный на lex Aquilia счетъ убытковъ, въ случаѣ если право выбора на сторонѣ должника, ведетъ къ совершенно особеннымъ явлениямъ. Они всего лучше обнаруживаются въ томъ случаѣ, который мы приведемъ здѣсь по необычайно ясному изложенію Mommsen¹⁾.

«А альтернативно обѣщаль В рабовъ Стиха и Памфила, изъ которыхъ первый стоитъ десять, другой двадцать. Памфилъ умираетъ, безъ всякой вины съ чьей либо стороны. 1-го Апрѣля и 1-го Юня вѣритель убиваетъ Стиха. Должникъ, въ такомъ случаѣ, такъ какъ онъ освобождается вслѣдствіе вины вѣрителя, вообще, не будетъ имѣть право на вознагражденіе убытковъ. Но по lex Aquilia, потерявшій убытокъ, въ правѣ, при исчисленіи убытковъ, какъ только убить одинъ рабъ, основываться на томъ моментѣ послѣдняго года, который всего болѣе благоприятенъ для него. Въ настоящемъ случаѣ, должникъ можетъ, выбрать моментъ до 1-го Апрѣля. Но тогда рабъ Стихъ имѣлъ для него цѣнность въ двадцать, потому что вносомъ его онъ могъ освободиться отъ обязанности отдать Памфила.

Поэтому должникъ можетъ требовать двадцать, изъ которыхъ однако слѣдуетъ вычесть десять—дѣйствительную стоимость Стиха, отъ вноса котораго должникъ освобожденъ».

¹⁾ Mommsen I. c. p. 319.

Въ заключеніе мы должны еще замѣтить, что въ силу мнѣнія, по которому, если одна вещь погибла отъ случая, должникъ, имѣющій право выбора, можетъ предлагать вѣрителю или оставшуюся вещь, или стоимость погибшей, — должнику слѣдуетъ предоставить право требовать отъ вѣрителя вознагражденія за то, что исключительно по его винѣ онъ теряетъ теперь также и вторую вещь, а не только стоимость первой, погибшей вещи¹⁾.

IV. *Случай, когда обѣ вещи погибли одна за другою по винѣ вѣрителя.*

§ 7.

Будь избирателемъ должникъ, или вѣритель, уничтоженіе первой вещи рассматривается въ лицѣ должника, какъ случай; въ лицѣ вѣрителя, какъ провиненіе.

Обязательство, по необходимости, сосредоточивается на оставшейся вещи, между тѣмъ какъ должникъ получаетъ право на вознагражденіе за первую уничтоженную вещь.

Если вѣритель уничтожаетъ за тѣмъ и вторую вещь, единственно подлежащую теперь обязательству, то примѣняется выше, въ § 6, приведенное правило l. 54 ad. l. Aquil. 9. 2.

V. *Случай, когда обѣ вещи погибли одновременно по винѣ вѣрителя.*

§ 8.

Кому бы ни принадлежало право выбора, должнику или вѣрителю, обязательство прекращается, какъ при одновременной гибели обѣихъ вещей отъ случая.

Но здѣсь, случай этотъ нужно вмѣнить вѣрителю въ вину, и поэтому, естественно, должникъ въ правѣ исать съ вѣрителя вознагражденія убытковъ.

¹⁾ Такъ Vangerow I. c.

Одну вещь вѣрителю слѣдовало получить; уничтоженіемъ ея онъ повредилъ только себѣ самому. Вознаградить убытки, поэтому онъ долженъ только за одну вещь.

Но за какую именно?

Отвѣтъ простой.

Если право выбора принадлежало должнику, то должникъ можетъ опредѣлять, какую вещь онъ отдалъ бы, и за какую онъ хочетъ требовать вознагражденія. Поэтому, онъ можетъ совершенно спокойно требовать вознагражденія за одну опредѣленную вещь.

Если право выбора было на сторонѣ вѣрителя, то вѣритель въ правѣ опредѣлять, какую вещь онъ потребовалъ бы, какую онъ оставилъ бы должнику. Отъ самаго вѣрителя, поэтому, зависитъ за какую вещь онъ хочетъ уплатить вознагражденіе. Вслѣдствіе этого должникъ, въ данномъ случаѣ, можетъ предъявить свой искъ о вознагражденіи только альтернативно: за ту или другую вещь.

VI. Новѣйшія законодательства.

§ 9.

1. Австрійское и прусское право

Относительно австрійскаго и прусскаго права мы можемъ только указать на то, что мы сказали о нихъ въ прошедшемъ раздѣлѣ.

2. Французское законодательство.

не дѣлаетъ никакого спеціальнаго опредѣленія о разсматриваемыхъ здѣсь случаяхъ. Поэтому, для рѣшенія этихъ случаевъ имѣются здѣсь только два положенія, которыя мы поставили въ началѣ этой главы:

вина вѣрителя является случаемъ въ лицѣ должника;

въ лицѣ самаго вѣрителя она разсматривается какъ противозаконный поступокъ, налагающій обязанность вознагражденія убытковъ. (Code Nap. ст. 1382).

Эти два положенія приводятъ насъ, естественно, къ тѣмъ же послѣдствіямъ которыя мы подробно изложили въ предшествующихъ параграфахъ ¹⁾.

3. Саксонское законодательство.

значительно отстываетъ отъ Римскаго. Во первыхъ, оно принимаетъ, что должникъ, имѣющій право выбора, въ правѣ засчитать вѣрителю, уничтоженную имъ вещь, въ уплату. Во вторыхъ, оно постановляетъ, что въ уничтоженіи одной вещи вѣрителемъ, имѣющимъ право выбора, слѣдуетъ видѣть избраніе вещи и совершеніе уплаты.

§ 724. Если вѣритель причиняетъ невозможность уплаты одной изъ нѣкоторыхъ вещей, выборъ между которыми ему предоставленъ, то обязательство считается исполненнымъ. Если же должникъ имѣлъ право выбора, то онъ въ правѣ, или требовать, чтобы вѣритель призналъ обязательство исполненнымъ или отдавъ одну изъ оставшихся вещей, требовалъ стоимость вещи, погибшей по винѣ вѣрителя.

Этими положеніями обусловливаются и дальнѣйшія постановленія саксонскаго законодательства.

§ 725. Если вѣритель причиняетъ невозможность уплаты относительно всѣхъ вещей, выборъ между которыми ему былъ предоставленъ, то въ случаѣ, если невозможность уплаты причинена была относительно всѣхъ вещей одновременно, онъ въ правѣ избрать вещь, которою требованіе его должно считаться исполненнымъ, и его обязанность вознагражденія убытковъ ограничивается остальными вещами. Если же, напротивъ, невозможность уплаты отдѣльныхъ вещей наступила разновременно, обязательство считается исполненнымъ посредствомъ вещи, погибшей первою и вѣритель обязывается къ вознагражденію за всѣ остальные. Если право выбора предоставлено было должнику, то въ случаѣ причиненной вѣрителемъ невозможности уплаты всѣхъ вещей, должникъ въ правѣ опредѣлить вещь, доставленіемъ которой онъ хотѣлъ бы исполнить обязательство, и требовать вознагражденія за всѣ остальные вещи.

¹⁾ Bruyn de obl. alt. sec. jus hodiernum § 7.

Въ случаѣ, когда выборъ предоставлялся должнику, саксонское законодательство не различаетъ, уничтожены ли были всѣ вещи, между которыми слѣдовало избрать, одновременно или нѣтъ.

По Римскому праву, опредѣленіе саксонскаго законодательства было бы вѣрно, только въ случаѣ одновременнаго уничтоженія всѣхъ вещей, подлежащихъ выбору.

Если вещи уничтожены одна послѣ другой, то должникъ въ правѣ требовать вознагражденія за первыя уничтоженныя вещи. Только относительно вещи уничтоженной послѣднею примѣняется правило, что должникъ повредилъ самому себѣ.

Отступленіе саксонскаго права отъ Римскаго объясняется здѣсь просто тѣмъ, что имѣющій право выбора должникъ, въ случаѣ уничтоженія вѣрителемъ одной изъ вещей, подлежащихъ выбору, въ правѣ или отдать одну изъ оставшихся вещей, или требовать отъ вѣрителя признанія обязательства исполненнымъ.

§ 727. «Если уплата одной изъ нѣкоторыхъ вещей сдѣлалась, по винѣ вѣрителя, невозможною и остальные вещи погибли отъ случая, то предоставленъ ли былъ выборъ вѣрителю или должнику, обязательство считается исполненнымъ.»

Постановленіе это, какъ мы видимъ, не дѣлаетъ различія: послѣдовала ли случай до или послѣ вины.

Совершенно безъ всякаго основанія должникъ этимъ лишается права на вознагражденіе убытковъ, которое принадлежало бы ему на основаніи общихъ правилъ, въ случаѣ, если вина предшествовала случаю.

Саксонское законодательство упускаетъ изъ виду порядокъ этого происшествія во времени.

§ 10.

продолженіе.

4. Баварское право

въ сущности держится той же точки зрѣнія, какъ и Саксонское законодательство.

Ст. 255. Если вѣритель виною невозможности одного взноса, а право выбора на сторонѣ должника, то послѣдній въ правѣ или сдѣлать другой взносъ, а относительно сдѣланнаго невозможнымъ требовать вознагражденія, или почитать уплатою взносъ, ставшій невозможнымъ.

Если вѣритель имѣетъ право выбора, то сдѣланный невозможнымъ взносъ признается имъ избраннымъ и произведеннымъ со стороны должника.

Ст. 257. Если вѣритель причиною невозможности обоихъ взносовъ, то освобождающійся этимъ отъ обязательства должникъ въ правѣ требовать отъ пользующагося правомъ выбора вѣрителя стоимость того или другаго взноса, по его выбору, если невозможность ихъ послѣдовала одновременно; если же она наступила разновременно, онъ можетъ требовать стоимость взноса, ставшаго невозможнымъ послѣднимъ.

Если же право выбора на сторонѣ должника, то онъ можетъ, по своему выбору, требовать вознагражденія за тотъ или другой взносъ.

Разсматривая эти постановленія Баварскаго законодательства, мы не видимъ здѣсь той несправедливости, которую мы замѣтили, въ прошедшемъ параграфѣ, въ саксонскомъ кодексѣ, что составляетъ преимущество баварской редакціи.

Но не смотря на то, Баварскій проектъ заключаетъ въ себѣ своеобразное постановленіе, которое съ точки зрѣнія гражданскаго права едва ли можетъ быть оправдано, и которое мы еще встрѣтимъ ниже въ сводѣ мѣстныхъ узаконеній Остзейскихъ губерній:

Если, пользующійся правомъ выбора, вѣритель своею виною одновременно причинилъ невозможность обоихъ взносовъ, то онъ обязанъ уплатить стоимость одного изъ нихъ, не по своему выбору, а по выбору должника. Спрашивается, какимъ образомъ должникъ, не имѣвшій права выбора между взносами, получаетъ оное между суррогатами ихъ? Должны ли мы видѣть въ этомъ наказаніе вѣрителя?

которое встрѣчали въ баварскомъ проефтѣ, и которое мы уже тамъ нашли неосновательнымъ.

При всѣхъ разобранныхъ нами случаяхъ, нужно, разумѣется, имѣть въ виду статью 2933.

РАЗДѢЛЪ III.

случаи, когда одна вещь погибаетъ по винѣ должника, а другая по винѣ вѣрителя.

I. Случай одновременнаго уничтоженія обѣихъ вещей.

Если считать обѣ вещи состоящими предметомъ долга, то, принадлежитъ ли выборъ должнику или вѣрителю, вина должника порождаетъ на сторонѣ вѣрителя право требовать вознагражденія убытковъ, вина вѣрителя порождаетъ подобное же право иска на сторонѣ должника, разница только та, что первый искъ основывается на самомъ обязательствѣ, второй—нѣтъ.

Къ тому же результату мы придемъ также, если будемъ основываться на другомъ принципѣ. Скажемъ ли, что вина вѣрителя превратила обязательство въ одночленное, или вина должника — и въ послѣднемъ случаѣ, Римское право даетъ противъ должника право иска убытковъ.

II. Случай, когда сперва одна вещь погибла по винѣ вѣрителя, за тѣмъ погибла другая по винѣ должника.

Вина вѣрителя дѣйствуетъ какъ случай—обязательство сосредоточивается на оставшейся вещи. Наступающая послѣ этого вина должника обязываетъ его къ вознагражденію вѣрителя, который въ свою

очередь обязанъ вознаградить должника за первую уничтоженную вещь. Тутъ безразлично, принадлежало ли право выбора должнику или вѣрителю.

III. Случай, когда сперва погибла одна вещь по винѣ должника, потомъ погибла другая по винѣ вѣрителя.

Не различая, кому принадлежитъ право выбора, мы должны сказать: На основаніи того воззрѣнія, по которому раздѣлительное обязательство разсматривается какъ обязательство съ неопредѣленнымъ объектомъ, вина должника не подвергаетъ его отвѣтственности, она переноситъ только обязательство на другую вещь; затѣмъ въ обязательствѣ, ставшемъ простымъ, вина вѣрителя не дѣлаетъ его отвѣтственнымъ, потому что онъ вредилъ только себѣ самому, *sibi posuit*.

Если считать оба предмета должными, то вина каждой стороны порождаетъ для другой право на вознагражденіе.

IV. Новѣйшее право.

Новѣйшія законодательства совсѣмъ почти отказались отъ рѣшенія разсмотрѣнныхъ въ этой главѣ вопросовъ и поступили совершенно вѣрно: рѣшеніе весьма просто на основаніи общихъ началъ. Только проектъ гражданскихъ законовъ для великаго герцогства Гессенскаго пустился въ столь подробную казуистику.

Ст. 20. «Если пользующійся правомъ выбора вѣритель причиною гибели одного изъ двухъ альтернативно слѣдуемыхъ предметовъ, то онъ можетъ стоимость только имъ самимъ уничтоженнаго предмета засчитать должнику въ уплату.

Если же право выбора на сторонѣ должника, то онъ можетъ также отдать оставшійся предметъ и требовать вознагражденія за погибшій.»

Ст. 22. Если сперва должникъ причинилъ гибель одного предмета, потомъ вѣритель причинилъ гибель другого, альтернативно слѣдовавшаго предмета, то имѣющій право выбора вѣритель можетъ стои-

мость погибшаго по его винѣ предмета засчитать въ уплату отъ должника, или, уплативъ должнику стоимость этого предмета, требовать вознагражденія за предметъ, погибшій по винѣ должника.

Если же право выбора на сторонѣ должника, то онъ можетъ освободиться отъ обязательства только зачетомъ стоимости предмета, гибель котораго причинена вѣрителемъ.

Ст. 23. Если случай, упомянутый въ статьѣ 22-й, произойдетъ обратнымъ образомъ, то пользующійся правомъ выбора должникъ можетъ или засчитать вѣрителю въ уплату стоимость имъ уничтоженнаго предмета, или требовать эту стоимость и вознаградить за предметъ, погибшій по его собственной винѣ.

Если же право выбора на сторонѣ вѣрителя, то примѣняется ст. 20-я періодъ (Absatz) 1-й.

Ст. 24. Если одновременно вѣритель причинить гибель одного, а должникъ гибель другаго альтернативно слѣдующаго предмета, то пользующемуся правомъ выбора вѣрителю предоставляется право, установленное статьею 22-ю, періодомъ 1-мъ; должнику же, если право выбора на его сторонѣ, предоставляется право, определенное въ ст. 23-й, періодъ 1-мъ.

Этимъ мы заключаемъ раздѣлъ о вліяніи случая и вини на раздѣлительное обязательство. Намъ легко было бы перейти теперь къ болѣе сложнымъ и запутаннымъ случаямъ, увеличивъ только число субъектовъ и объектовъ раздѣлительнаго обязательства, но не желаемъ утомлять читателя, въ надеждѣ, что сдѣланныхъ нами разъясненій достаточно будетъ для рѣшенія запутаннѣйшаго случая раздѣлительнаго обязательства.

Г Л А В А VII.

СПОСОБЫ ПРЕКРАЩЕНІЯ РАЗДѢЛИТЕЛЬНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА.

Мы не намѣрены представить полное ученіе о способахъ прекращенія обязательствъ вообще. Мы разъяснимъ здѣсь только тѣ изъ способовъ прекращенія, которые имѣютъ особенное значеніе для раздѣлительныхъ обязательствъ. Поэтому мы разсмотримъ только слѣдующіе способы прекращенія:

неполненіе, solutio § 1.

обновленіе—novatio § 2.

acceptilatio § 3.

dictio § 4.

договоръ о невзысканіи по обязательству—actum de non petendo § 5.

зачетъ—compensatio § 6.

§ 1.

Solutio.

1. «Неполненіе, доставленіе того, къ чему обязался должникъ, говорить Салковеній, есть правильный и обыкновенный способъ прекращенія обязательства, соответствующій цѣли онаго. Solutio ejus quod debetur—это естественная смерть обязательства, ибо первоначальная и единственно юридическая цѣль всякаго обязательства состоитъ въ

томъ, чтобъ вызвать условленное дѣйствіе. Съ самаго установленія, обязательство имѣетъ своимъ назначеніемъ, прекращеніе посредствомъ исполненія ¹⁾»

Раздѣлительное обязательство исполняется, какъ намъ извѣстно, доставленіемъ одного изъ альтернативно обещанныхъ предметовъ. Предметъ опредѣляется выборомъ должника, вѣрителя или третьяго лица.

Это основное положеніе, составляющее сущность раздѣлительнаго обязательства, почти вездѣ предполагается въ источникахъ, при ученіи о выборѣ предмета уплаты, при ученіи объ обратномъ требованіи отъ даннаго по ошибкѣ, (*condictio indebiti*), при ученіи о вліяніи вины и случая на раздѣлительное обязательство и т. д. Ясно высказывается это основное правило только въ

l. 27, § 6 de pactis II, 14,

гдѣ говорится, что доставленіемъ одного предмета прекращается все раздѣлительное обязательство — *nam... solutione unius rei tota obligatio solveretur.*

Правило это принято также во всѣхъ новѣйшихъ законодательствахъ. Ясно высказаннымъ мы находимъ это правило только въ

Code civil: Ст. 1191. Должникъ можетъ освободиться отъ обязательства, передавъ кредитору одну изъ обещанныхъ вещей.

2. Весьма часто заключается обязательство, которое представляется раздѣлительнымъ только на видѣ. Такъ, вслѣдствіе невозможности одного взноса, раздѣлительное обязательство, съ самаго своего возникновенія, есть въ сущности простое. Такимъ же образомъ, раздѣлительное обязательство, какъ намъ извѣстно, можетъ превратиться въ простое, по причинѣ наступившей впоследствии невозможности взноса одной изъ двухъ альтернативно обещанныхъ вещей. Въ первомъ случаѣ, невозможный взносъ никогда не подлежалъ обязательству, во второмъ случаѣ, онъ исключается изъ обязательства впоследствии.

¹⁾ Salkowsky, zur Lehre von der novation nach Römischen Recht § 2.

Только весьма часто случается, что взносъ, сначала невозможный, впоследствии опять становится возможнымъ. Спрашивается, поэтому, можетъ ли должникъ удовлетворить вѣрителя взносомъ, ставшимъ впоследствии возможнымъ?

Римскіе юристы разсматривали этотъ вопросъ и рѣшили его отрицательно. Они, правда, имѣютъ въ виду только тотъ случай, когда обязательство представляется одночленнымъ, съ самаго момента возникновенія.

l. 128 D. de V. O. 45, 1.

Paulus l. X Quaestionum.

...Qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit Stichus или Памфила, и обязательство было дѣйствительно только въ отношеніи одного (раба), потому что другой (рабъ) принадлежалъ уже стипулятору, то и въ случаѣ, если этотъ рабъ и пересталъ принадлежать ему, онъ, по праву, не можетъ быть отданъ, во исполненіе обязательства....

l. 72, § 4 D. de sol. et lib. 46, 3.

Marcellus LXX Digestorum.

Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, quum esset meus Pamphilus; nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando.... Я стипулировалъ себя Stichus или Памфила, когда Памфилъ принадлежалъ мнѣ. Если онъ и перестанетъ быть моимъ, обещавшій не освобождается отдачей Памфила.

Оба юриста, какъ Павелъ такъ и Марцеллъ, одинаковымъ образомъ мотивируютъ свои рѣшенія.

Павелъ, въ приведенной l. 128, говоритъ въ оправданіе своего рѣшенія: *quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem,*

такъ какъ обѣ вещи подлежатъ обязательству, а не взносу. Когда обязательство устанавливалось, намѣреніе сторонъ состояло не въ томъ, чтобы сдѣлать предметомъ обязательства только одну вещь и предоставить притомъ должнику право освободиться отъ обязательства и внести другую опредѣленную вещь; напротивъ, обѣ вещи включены были въ обязательство, какъ непосредственные или эвентуальные объекты. Поэтому, первоначально невозможный взносъ не можетъ быть употребленъ средствомъ удовлетворенія вѣрителя даже и въ томъ случаѣ, если онъ впоследствии сталъ возможнымъ. Этотъ взносъ имѣлся въ виду, какъ предметъ обязательства, но таковымъ онъ не могъ быть; средствомъ удовлетворенія вѣрителя онъ можетъ быть, но какъ таковое онъ не имѣлся въ виду.

Такаго же мнѣнія придерживается и Марцеллъ, когда онъ въ I. 72 § 4 выставляетъ мотивомъ своего рѣшенія:

neutrum enim videtur in Pam- относительно раба Памфила не
philo homine constituisse, nec obli- имѣть силы, видно, ни обязатель-
gatio, nec solutio. ство, ни взносъ.

Это рѣшеніе можетъ пожалуй показаться немного формалистичнымъ. Если обязательство и оказывается не дѣйствительнымъ въ отношеніи одного предмета, все таки вѣритель, допуская этотъ предметъ въ обязательство, выразилъ этимъ, что онъ будетъ считать себя удовлетвореннымъ, какъ однимъ, такъ и другимъ предметомъ. Это изъявленіе воли должно было бы считаться дѣйствительнымъ и сохранить силу.

Но подобный взглядъ былъ бы совершенно невѣренъ.

Если известная вещь, непосредственно или эвентуально, состоитъ объектомъ самаго альтернативнаго обязательства, то obviously должнику принадлежитъ выгода выбора, за то на сторонѣ вѣрителя та выгода, что опасность гибели объекта обязательства уменьшается замѣнимостью одной вещи другою.

Если двѣ вещи альтернативно включены въ обязательство, то нужно думать, что договорившіяся стороны согласились на это, вполне сознавая и предвидя возможность произойти отъ этого послѣдствія: дого-

воръ является поэтому обоюднымъ соглашеніемъ интересовъ должника и вѣрителя.

Если, при недействительности раздѣлительнаго обязательства относительно одной вещи, мы бы допустили, что эта вещь можетъ служить средствомъ удовлетворенія по обязательству, когда наступитъ возможность ея взноса, то мы бы этимъ, безъ всякаго основанія, благопріятствовали должнику на счетъ вѣрителя. Мы предоставили бы должнику выгоды права выбора, между тѣмъ какъ вѣритель терялъ бы отъ того, что требованіе его простиралось бы только на одну вещь.

Такаго неравновѣрнаго распредѣленія выгодъ вѣритель, конечно, не имѣлъ въ виду. Поэтому именно, онъ и позаботился о томъ, чтобы обѣ вещи включены были въ обязательство. Если же мы первоначально невозможный взносъ будемъ считать средствомъ для выполненія обязательства, то мы удалимся отъ осуществленія истинной воли сторонъ; мало того, мы пойдемъ ея наперекоръ.

Извѣль оправдываетъ также свое рѣшеніе посредствомъ сравненія съ корреляльнымъ обязательствомъ.

I. 128 de V. O. 45. 1.

Paulus (libro X. Quaestionum).

Si duo rei stipulandi ita extitis- Если два корреляльныхъ стипуля-
sent, ut alter utiliter, alter inutili- тора приняли участіе въ обязатель-
tes stipularetur, ei, qui non habet ствѣ такъ, что стипуляція одного
promissorem obligatum, non recte изъ нихъ была дѣйствительна, а
solvitur, quia non alterius nomine другого недействительна, то послѣд-
ei solvitur, sed suae obligationis нему не можетъ быть произведена
quae nulla est. Eadem ratione qui дѣйствительная уплата, такъ какъ
Stichum aut Pamphilum stipulatur ему производится уплата не за дру-
etc. etc. гаго, но въ силу его собственнаго
требованія, которое ничтожно. На
томъ же основаніи, если кто стипу-
лировалъ Стиха или Памфила и т. д.

Когда въ обязательствѣ имѣются два корреляльныхъ вѣрителя, то должникъ, какъ извѣстно, съ равною силою можетъ произвести уплату

каждому изъ нихъ, такъ какъ каждый вѣритель разсматривается такъ, какъ будто онъ былъ единственнымъ.

Представимъ себѣ случай, когда обязательство недействительно въ лицѣ одного изъ корреальныхъ вѣрителей и дѣйствительно только въ лицѣ другого.

Должникъ, напримѣръ, обѣщаль А и В, какъ корреальнымъ вѣрителямъ, вещь въ собственность, которая уже составляетъ собственность А. Относительно А исполненіе обѣщанія юридически—невозможно и обязательство поэтому недействительно. В остается единственнымъ кредиторомъ.

Что А не вправе требовать ни вещи, ни ея стоимости—это вѣдѣ всѣмъ сомнѣнія. Но признается ли, по крайней мѣрѣ, произведенная ему уплата удовлетвореніемъ по обязательству?

Въ каждомъ договорѣ, съ согласія сторонъ, можетъ быть указано лицо, которое хотя и не состоитъ само вѣрителемъ, но уплата, которому имѣетъ силу исполненія обязательства. Такое лицо называется *solutio- nis causa adjectus*, назначенный для полученія уплаты, и при выполненіи обязательства лицо это заступаетъ мѣсто кредитора.

Въ данномъ случаѣ, корреальный договоръ, не дѣйствительный въ отношеніи одного вѣрителя, не долженъ ли по крайней мѣрѣ изъясняться относительно него, какъ *solutio- nis causa adjectio*, какъ полномочіе для полученія уплаты?

Нѣтъ,—отвѣчаетъ юристъ, потому что при корреальномъ обязательствѣ, каждый изъ сокредиторовъ долженъ быть, по смыслу договора, кредиторомъ отъ своего собственнаго имени.

Имѣлось въ виду обязательство отъ собственнаго имени, оно недействительно.

Замѣщеніе вѣрителя при полученіи уплаты было бы, можетъ быть, дѣйствительно, но оно не имѣлось въ виду.

Изъ этой аргументаціи римскихъ юристовъ присоединилось и французское правовѣденіе ¹⁾.

¹⁾ Toullier t. VI № 694.

3. Раздѣлительное обязательство можетъ быть исполнено совершеніемъ одного или другаго вноса т. е. доставленіемъ одной, цѣлой вещи, а не части одной вещи и части другой. Это основное положеніе нами разсмотрѣно выше ¹⁾.

4. Мы подробно разсмотрѣли также, что вносъ части вещи не уничтожаетъ соразмѣрной части раздѣлительнаго обязательства ²⁾.

§ 2.

Обновленіе (*novatio*).

Обновленіе есть прекращеніе имѣющагося обязательства посредствомъ установленія новаго обязательства, заступающаго мѣсто прежняго.

Обновленіе обязательства имѣетъ поэтому двойное дѣйствіе: освобождающее—насколько оно уничтожаетъ существующее обязательство, и обязывающее—насколько она устанавливаетъ новое.

Но не всякое прекращеніе существующаго обязательства при посредствѣ новаго, заступающаго мѣсто прежняго, можетъ считаться обновленіемъ въ римскомъ смыслѣ. Обновленіе имѣется только тогда, когда, во-первыхъ, новое обязательство состоялось въ формѣ стипуляціи, и во-вторыхъ, когда содержаніе новаго обязательства тождественно съ содержаніемъ предшествующаго обязательства.

Новое обязательство даетъ новое, самостоятельное право иса, что при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ весьма выгодно. Новое обязательство имѣетъ также значеніе выгоднаго во всякомъ случаѣ признанія пзвѣстныхъ юридическихъ отношеній.

¹⁾ ср. главу IV разд. о нецѣлостности раздѣл. обя.

²⁾ ср. главу IV разд. объ осущ. права выбора.

I. 1 de nov. et deleg. 46. 2.

(Ulp. lib. XLVI ad Sabin.)

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur; novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione. § 1. Illud non interest, qualis praecessit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu, qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.

Обновление есть перенесение и обращение прежнего обязательства въ другое, цивильное или натуральное, то есть, когда изъ имѣющагося обязательства новое образуется такимъ образомъ, что прежнее уничтожается. Обновление получило свое названіе отъ слова «новъ», именно отъ новаго обязательства. § 1. Безразлично, какое обязательство предшествовало, цивильное, натуральное или преторское, и основывалось ли оно на словахъ, на вещи, или согласіи. Поэтому, какого бы рода ни было предшествовавшее обязательство, оно можетъ быть обновлено словами, если только послѣдующее обязательство обязываетъ въ смыслѣ jus civile или jus naturale, напримѣръ, когда несовершеннолѣтній обѣщаетъ безъ содѣйствія опекуна.

A и *B* заключили между собою договоръ купли — продажи. *A* обязался доставить *B* известную лошадь; *B* обязался дать за то *A* 200 рублей.

Послѣ нѣкотораго времени, обѣ стороны договариваются, чтобы *A* отдалъ *B* лошадь въ наемъ на одинъ годъ съ платой 50 рублей. Имѣется ли здѣсь обновленіе? Нѣтъ. Прежній договоръ уничтоженъ contrario consensu, по волѣ сторонъ, а возникло совсѣмъ другое юри-

дическое отношеніе. Оба договора совершенно независятъ другъ отъ друга.

Остановимся на томъ же примѣрѣ купли-продажи.

Положимъ, *A* и *B* находятъ нужнымъ сговориться, чтобы 200 рублей, которые *B* долженъ *A*, на основаніи договора купли-продажи, считались полученными *B* заимообразно у *A*. По римскому праву, такая сдѣлка легко возможна ¹⁾. Имѣется ли здѣсь обновленіе? Нѣтъ. Здѣсь представляется только, что деньги были уплачены и продавцомъ отданы были въ долгъ покупателю. Прекращеніе основывается только на представляемомъ исполненіи первоначальнаго обязательства.

A и *B* договариваются между собою, чтобы, вмѣсто лошади, предметомъ купли была корова. И этотъ случай нужно разсматривать точно также, какъ тотъ, когда договоръ купли-продажи обращенъ былъ въ договоръ найма.

Обновленія въ древне римскомъ смыслѣ этого слова не бываетъ и тогда, когда предметъ новой купли-продажи обѣщанъ былъ въ формѣ стипуляціи.

Истинное обновленіе, обновленіе въ тѣсномъ смыслѣ слова, бываетъ только тогда, когда сущность прежняго обязательства повторяется въ новомъ. Прекращающее дѣйствіе новаго обязательства равняется дѣйствію уплаты ²⁾.

Мы довольствовались представленіемъ значенія обновленія въ римскомъ правѣ. Изложеніе наше, конечно, не безспорно. Но мы должны ограничиться сдѣланнымъ очеркомъ, такъ какъ подробное изслѣдованіе потребовало бы цѣлой книги. На значеніи обновленія въ новѣйшемъ правѣ мы останавливаться не будемъ, такъ какъ мы здѣсь должны изслѣдовать только спеціальнѣйшій вопросъ римскаго права.

Не подлежитъ сомнѣнію, что раздѣлительное обязательство пре-

¹⁾ Salpius Novation nach Römischem recht § 51.

²⁾ Novatione quoque liberare eum poterit . . . eo magis, quam eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. I. 31 § 1 de nov. et deleg. 46. 2.

преращается и прекращается *ipso jure*, когда на его мѣсто вступаетъ стипуляція такого же альтернативнаго содержанія.

Это вытекаетъ изъ общихъ началъ ученія объ обновленіи.

Но прекращается ли раздѣлительное обязательство посредствомъ стипуляціи, направленной на одинъ изъ предметовъ раздѣлительнаго обязательства?

Источники не содержатъ отвѣта на этотъ вопросъ.

Дѣйствительность обновленія подлежитъ здѣсь однако нѣкоторому сомнѣнію.

Обновленіе требуетъ тождества предмета обновляемаго и обновляющаго обязательства.

Можетъ ли быть рѣчь о такомъ тождествѣ, когда содержаніе перваго обязательства альтернативное, а втораго безусловное?

Очевидно, все зависитъ отъ основнаго положенія, изъ котораго исходить при разсмотрѣніи раздѣлительнаго обязательства.

Если раздѣлительное обязательство есть неопредѣленное, предметъ котораго опредѣляется только впоследствии, посредствомъ примѣненія права выбора, то разумѣется, что пока выборъ не состоялся, объ обновленіи не можетъ быть и рѣчи. Только выборъ, если онъ не происходитъ одновременно съ уплатой и не прекращаетъ раздѣлительнаго обязательства путемъ исполненія, рѣшаетъ: обновляется ли раздѣлительное обязательство, или нѣтъ, смотря по тому, останавливается ли онъ на предметѣ сдѣланнаго содержаніемъ новой стипуляціи.

Если, напротивъ, оба предмета раздѣлительнаго обязательства считаются состоящими предметомъ долга, то требуемое тождество объекта существуетъ. Обновленіе, слѣдовательно, наступаетъ непосредственно. Раздѣлительное обязательство должно считаться обновленнымъ и прекратившимся, потому что одинъ изъ альтернативно обѣщанныхъ предметовъ считается доставленнымъ.

Дѣло, очевидно, сводится къ тому же противоположенію принциповъ и тогда, если вопросъ идетъ о томъ, обновляется ли одночленное обязательство посредствомъ раздѣлительнаго? По одному воззрѣнію, обновленіе можетъ наступить немедленно, по другому воззрѣнію оно должно

оставаться неразрѣшеннымъ, *in suspenso*, до времени, пока не состоится выборъ.

Между тѣмъ какъ случай обновленія раздѣлительнаго обязательства посредствомъ одночленнаго не былъ въ источникахъ затронутъ вовсе, такъ, что при рѣшеніи этого случая извѣстная противоположность принциповъ не могла совсѣмъ и проявиться, то, напротивъ, случай обновленія одночленнаго обязательства при посредствѣ раздѣлительнаго разсматривается въ нѣкоторыхъ мѣстахъ источниковъ. Рѣшенія этого случая различны, и противорѣчіе, по нашему мнѣнію, объясняется всего лучше извѣстной противоположностью основныхъ принциповъ.

Послѣднія воззрѣнія на раздѣлительное обязательство, какъ на неопредѣленное обязательство, мы находимъ заимствованными отъ Ульпіана и Цельза.

l. 8 § 4 h. t. 46. 2.

Ulp. l. XLVI ad Sabinum.

Si decem, quae mihi Titius debet, aut decem, quae Sejus debet, a Tertio stipulatus fuero, putat Marcellus *neutrum liberari*, sed Tertium eligere posse, pro quo decem solvere velit.

Если десять, которые мнѣ долженъ Титій, или десять, которые мнѣ долженъ Сей, я стипулировалъ отъ третьяго, то, по мнѣнію Марцелла, никто изъ обоихъ (должниковъ) не освобождается, но третій можетъ выбрать, за кого онъ хочетъ уплатить десять.

l. 26 h. t. 46. 2.

Celsus lib III Digestorum.

Si is, cui decem Titius, quindecim Sejus debebat, ab Attio stipulatus est. quod ille aut quod ille debeat, dari sibi, *notatum utrumque non est*, sed in potestate Attii est, pro quo velit solvere, et eum liberare

Если тотъ, кому Титій долженъ было десять, Сей пятнадцать, стипулировалъ получить отъ Аттія то, что ему долженъ одинъ или другой, то оба обязательства не обновлены, но во власти Аттія находится, за кого онъ уплатитъ и кого онъ этимъ освободитъ. . . .

Основанія противоположнаго возрѣнія, по которому, оба предмета раздѣлительнаго обязательства считаются должными, приводятся Нератиємъ и Павломъ.

I. 32. h. t. 46. 2.

Paulus libro I. ad Neratium.

Te hominem et Sejum decem Ты мнѣ долженъ дать одного раба, mihi dare oportet; stipulor ab altero novandi causa ita: quod te a Сей десять; въ видахъ обновленія aut Sejum dare oportet; utrumque такимъ образомъ: что ты или что novatur. Paulus; merito, quia ut- Сей долженъ дать. Оба обязатель- tumque in posteriorem deducitur ства обновляются. Паведеъ, замѣ- stipulationem. чаетъ при этомъ, что рѣшеніе это правильно, потому что оба вклю- чаются во вторую стипуляцію.

Довольно замѣчательно, что въ этомъ вопросѣ мы встрѣчаемъ Цельза тамъ, гдѣ мы полагали найти Павла, и наоборотъ.

Напротивъ, Ульпіанъ въ своемъ рѣшеніи послѣдователенъ. Онъ, какъ намъ извѣстно, электикъ. Онъ считаетъ обѣ вещи состоящими предметомъ долга, если право выбора на сторонѣ вѣрителя. Если же выборъ предоставленъ должнику, то раздѣлительное обязательство считается имъ неопредѣленнымъ. Въ случаѣ приведенномъ въ I. 8. § 4. h. t., право выбора принадлежало должнику, слѣдовательно Ульпіанъ долженъ былъ признать обновленіе невозможнымъ.

Приведенный здѣсь споръ не имѣетъ значенія для новѣйшихъ законодательныхъ системъ, по которымъ тождество объекта не требуется для обновленія обязательства.

§ 3.

Acceptilatio.

Acceptilatio, какъ намъ извѣстно, есть формальное, словесное освобожденіе отъ обязательства. Она проиходила въ формѣ вопроса и

отвѣта. Должникъ спрашиваетъ, вѣритель отвѣчаетъ. *Nabesne assertum? habeo* ¹⁾! *Acceptilatio* — это обратная стипуляція, и употреблялась единственно при стипуляціяхъ. Здѣсь осуществляется положеніе, по которому каждое обязательство прекращается такимъ же путемъ, какимъ оно было установлено: формальный словесный договоръ прекращается посредствомъ формальнаго словеснаго заявленія.

Римское право видитъ въ заявленіи кредитора о полученіи уплаты воображаемое исполненіе обязательства, *imaginaria solutio* ²⁾.

Solutionis exemplo acceptilatio solet liberari, говорится въ источникахъ: заявленіе кредитора о произведенной уплатѣ освобождаетъ какъ дѣйствительная уплата ³⁾.

Еслибъ мы не имѣли объ этомъ никакихъ указаній въ источникахъ, мы должны были бы сказать: точно такъ какъ раздѣлительное обязательство уничтожается доставленіемъ одного предмета, точно также оно прекращается посредствомъ заявленія вѣрителя о полученіи одного предмета, разумѣется, въ случаѣ только, если раздѣлительное обязательство облечено было въ форму стипуляціи.

Это положеніе весьма часто высказывается опредѣленнымъ образомъ въ источникахъ римскаго права, такъ именно въ

I. 27 § 6 de pactis II 14.

.... nam solutione ... et acceptilatione unius rei tota obligatio solvetur... посредствомъ *acceptilatio*, какъ и посредствомъ уплаты одной вещи, прекращается все обязательство.

При Гаѣ, было еще спорнымъ, можно ли прекратить часть обязательства посредствомъ *acceptilatio*. Незадолго послѣ него, кажется, рѣшили это утвердительно ⁴⁾. Примѣръ такой частичной *acceptilatio* мы находимъ также въ примѣненіи къ раздѣлительному обязательству.

¹⁾ Gaius III § 169.

²⁾ Gaius III 169.

³⁾ I. 5. h. t.

⁴⁾ I. 9 h. t.

t. 17 h. t. 46. 4.

Julianus (lib. LIV Digestorum)

Qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit, partem stipulationis peremit, et petere quinque, aut partem hominis potest.

Кто стипулировалъ себя раба или десять, если сдѣлаетъ заявленіе (ассертилатіо) о полученіи пяти, часть обязательства прекращается и онъ вправе требовать пять или часть раба.

Это мѣсто было разсмотрѣно нами выше, когда мы говорили объ осуществленіи права выбора и о мнимой недѣлимости раздѣлительнаго обязательства.

Въ заключеніе позволимъ себѣ разсмотрѣть здѣсь одно своеобразное рѣшеніе римскихъ источниковъ, съ которымъ, въ настоящее время, едва ли можно согласиться.

l 13 § 6 D. h. t. (46. 4)

(Ulp. lib. L ad Sabin.)

Si Stichum aut decem sub conditione stipulatus, Stichum acceptum fecerit, et pendente conditione Stichus decesserit, decem in obligatione manebunt, perinde ac si acceptilatio interposita non fuisset.

Если тотъ, кто стипулировалъ себя Стиха или десять подъ условіемъ, сдѣлалъ заявленіе (ассертилатіо) о полученіи Стиха, и если, пока еще условіе неразрѣшилось, Стихъ умеръ, то десять остаются предметомъ обязательства, точно также, какъ будто ассертилатіо вовсе не была совершена.

Когда обязательство заключено подъ условіемъ, то неизвѣстно еще получить ли оно силу или нѣтъ—это зависитъ отъ исхода условія.

Если условное обязательство погашается посредствомъ ассертилатіо, то предварительно неизвѣстно еще, было ли здѣсь вообще что нибудь для уничтоженія путемъ ассертилатіо или нѣтъ.

Если сбудется условіе, то вмѣстѣ съ обязательствомъ получаетъ

силу и ассертилатіо. Если же условіе не сбудется, то ассертилатіо вовсе непримѣнима и не имѣетъ никакого значенія.

l. 12, D. h. t. 46, 4.

Pompon. lib. XXVI ad Sabin.

Quod . . . sub conditione debetur, acceptilatione tolli potest; sed ita id factum apparebit, si conditio stipulationis extiterit. . . .

Условное обязательство можетъ быть прекращено посредствомъ ассертилатіо. Но что это прекращеніе состоялось окажется тогда, когда сбудется условіе стипуляціи . . .

То же самое, разумѣется, бываетъ и въ томъ случаѣ, если заявленіе о производствѣ уплаты относится къ условному, раздѣлительному обязательству.

Въ случаѣ, приведенномъ въ l. 13, § 4 h. t., альтернативно обѣщаны подъ условіемъ рабъ Стихъ или десять. Заявленіе объ уплатѣ простирается на Стиха. Если Стихъ остается въ живыхъ и осуществляется условіе, то раздѣлительное обязательство, несомнѣнно, прекращается. Должникъ не долженъ отдать ни раба, ни десяти. Но Стихъ умираетъ передъ разрѣшеніемъ условія и исключается такимъ образомъ изъ числа объектовъ раздѣлительнаго обязательства. Если еще исполняется условіе, то возникаетъ одночленное обязательство на десять. Какое значеніе имѣетъ заявленіе о производствѣ уплаты относительно одного предмета, когда обязательство сосредоточилось на другомъ? Никакого, отвѣчаетъ юристъ. Предметъ имѣющагося обязательства не подходилъ подъ заявленіе объ уплатѣ. Предметъ, подходившій подъ заявленіе объ уплатѣ, разсматривается какъ бы онъ не былъ вовсе предметомъ обязательства.

Это рѣшеніе, по нашему мнѣнію, несправедливо.

Заявленіе объ уплатѣ, простиравшееся на одинъ предметъ, имѣло цѣлью совершенно освободить должника отъ обязательства, разумѣется на случай, еслибы обязательство получило силу. Эта воля вѣрителя остается одинаковой, погибъ ли предметъ, подходившій подъ заявленіе объ уплатѣ, пока еще не разрѣшилось условіе, или нѣтъ.

Должникъ долженъ поэтому быть освобожденъ отъ обязательства и въ томъ случаѣ, если предметъ, подходившій подъ заявленіе объ уплатѣ, погибъ до разрѣшенія условія.

Что заявленіе о производствѣ уплаты, по самой своей сущности, никогда не можетъ быть альтернативно, объ этомъ не нужно распространяться: уплатить и получить можно только нѣчто опредѣленное.

§ 4.

D i c t i o .

Выше мы подробно изложили, что разумѣется подъ dictio. Какъ посредствомъ нея обязательство могло возникнуть dotis causa, такъ посредствомъ нея обязательство могло быть превращено dotis causa. Формула такого превращенія была обыкновенно: quod mihi debes doti tibi erit ¹⁾ или также quod mihi debes doti tibi habere permitto ²⁾.

Вслѣдствіе обѣщанія долга въ приданое, данного женою должнику, долгъ считался превращеннымъ и съ того момента объектъ долга разсматривался какъ приданое.

Quia illa obligatio tota tolleretur perinde ac si solum debitum mulieri in dotem ab ea datum esset — долгъ превращался такимъ образомъ, какъ будто бы супругъ уплатилъ его женѣ и та, послѣ этого, отдала ему уплаченное въ приданое ³⁾.

Вслѣдствіе dictio, говоритъ Вехманъ ⁴⁾, обязательство превращалось само собою, ipso iure, такъ что въ этомъ отношеніи одинаково дѣйствуютъ acceptilatio и dictio, точно такъ какъ и въ области установленія обязательства имѣютъ одинаковую силу dictio и стипуляція.

Случай превращенія существующаго раздѣлительнаго обязательства посредствомъ dictio не приводится въ источникахъ. Въ пандектахъ

¹⁾ l. 44, § 1, l. 46, § 1, l. 58, l. 77, D. de Jure Dotium XXIII. 3.

²⁾ l. 68, § 1. D. eod.

³⁾ l. 77 D. de J. D. 23, 3.

⁴⁾ Vechman, das röm. dotalrecht § 78.

разсматривается напротивъ противоположный случай, когда существующее одночленное обязательство должно прекратиться посредствомъ альтернативной dictio.

l. 46 § 1. de Jure Dotium XXIII. 3.

Julianus libro XVI Digestorum.

Si debitori suo mulier nupturā ita dotem promisisset: quod mihi debes, aut fundus Sempronianus doti tibi erit, utrum mulier vellet, id in dote erit; et si quidem debitum maluisset dotis nomine apud virum remanere, potest ea exceptione se tueri adversus petentem fundum; quodsi fundum dedisset, pecuniam marito condicet.

Если жена, выходя за мужъ за своего должника, обѣщала ему въ приданое такимъ образомъ: то, что ты мнѣ долженъ или имѣніе Семпроніевское будетъ тебѣ приданнымъ, то въ такомъ случаѣ, что изъ сихъ двухъ жена захочетъ, то будетъ приданнымъ, и если она пожелаетъ, чтобы долгъ, въ видѣ приданого, остался за мужемъ, то она можетъ защищаться противъ него возраженіемъ, если онъ потребуетъ недвижимности; но если она отдала недвижимность, она въ правѣ требовать отъ мужа возвращенія денегъ.

Обѣщаніе нѣсколько своеобразно; дѣло идетъ о двухъ не однородныхъ альтернативахъ: или жена отдаетъ недвижимность или прекращается обязательство.

Какъ дѣйствуетъ альтернативная dictio на одночленное обязательство, которое хотѣли прекратить?

Если въ раздѣлительномъ обязательствѣ считать обѣ вещи состоящими предметомъ долга, то вслѣдствіе dictio, обращенной на предметъ одночленного обязательства, обязательство это прекращается немедленно. Если пользующаяся выборомъ жена все таки выберетъ недвижимность, то прежнее обязательство этимъ не восстанавливается — жена поэтому не можетъ требовать отъ мужа своихъ денегъ посредствомъ прежняго долговаго иска, но она должна взыскать conditio

sine causa, она должна требовать возвращенія своихъ денегъ, какъ имущества, переставшаго подлежать власти мужа.

Если же непосредственный объектъ раздѣлительнаго обязательства неопредѣленный, то прежній долгъ предварительно остается, такъ какъ еще неизвѣстно, будетъ ли онъ считаться обремененнымъ. Поэтому, если жена выберетъ недвижимость, то прежнее обязательство остается окончательно, состояніе неопредѣленности кончается и жена въ правѣ требовать своихъ денегъ, въ силу прежняго договора.

Въ приведенномъ мѣстѣ Юліанъ выражается несовѣмъ определенно. Онъ говоритъ: quod si fundum dedisset pecuniam marito condicet. Какого же рода condictio онъ собственно имѣлъ въ виду, condictio ex mutuo, договорный искъ или condictio sine, causa этого, онъ не говоритъ.

Вспомнивъ, что Юліанъ склоняется на сторону того мнѣнія, по которому объектъ раздѣлительнаго обязательства считается неопредѣленнымъ, мы въ condictio должны видѣть condictio ex mutuo.

Бехманъ¹⁾, придерживающійся воззрѣнія, что оба предмета состоятъ объектомъ обязательства, смотритъ на condictio, какъ на condictio sine causa.

Разсмотрѣнный случай мы бы легко могли себѣ представить въ обратномъ видѣ и изслѣдовать дѣйствіе одночленной dictio на раздѣлительное обязательство, но при незначительныхъ вообще свѣдѣніяхъ, которыя сохранились объ институтѣ dictio, мы считаемъ нужнымъ избѣгать скользкой почвы импровизованной газупетники.

§ 5.

Зачетъ (compensatio).

Несправедливо и придирчиво, говорятъ Римляне, требовать того, что нужно будетъ возвратить—dolo facit qui petit quo redditures est²⁾

¹⁾ Bschmann I. c.

²⁾ I. 9. pr. D. de doli exc. 44. 4

Съ другой стороны, практичнѣе и удобнѣе вовсе не давать чего либо, чѣмъ дать и данное требовать обратно—interest nostra potius non solvere quam solutum repetere¹⁾.

На основаніи этихъ положеній развилось въ Римскомъ правѣ ученіе о такъ называемомъ зачетѣ (compensatio).

Когда два лица въ одно и тоже время состоятъ вѣрителями и должниками другъ друга, то, при извѣстныхъ условіяхъ, требованіе одного изъ нихъ можетъ быть погашаемо требованіемъ другаго. Оба требованія засчитываются одно другимъ, что называется зачетомъ.

Compensatio est debiti et crediti inter se contributio²⁾

Если на лицо необходимыя для зачета условія, то зачетъ можетъ состояться начиная съ того момента, когда съ обѣихъ сторонъ противустоятъ требованія, могущія быть засчитанными. Съ этого момента для обоихъ кредиторовъ наступаетъ право зачета. Но зачетъ однако можетъ состояться только тогда, если имѣющій право на него, предъявляетъ свое право и требуетъ его примѣненія.

Unusquisque creditorem suum Velit potest reficere suum eundemque debitorem petentem своего кредитора, который вмѣстѣ summovet, si paratus est compensare³⁾.
если онъ готовъ къ зачету.

Воспользуется ли имѣющій право зачета своимъ правомъ или нѣтъ, предпочтетъ ли онъ предъявленіе своихъ правъ въ исковой формѣ, все это вполне зависитъ отъ его воли.

... erit arbitrii ejus utrum compensare an petere velit⁴⁾

Совмѣстное существованіе требованій съ одной и другой стороны не заключаетъ въ себѣ ничего непримиримаго. — Требованіе зачета со стороны лица, имѣющаго на то право, называется зачетомъ въ особенномъ смыслѣ: подъ нимъ разумѣется тутъ дѣйствіе лица, имѣю-

¹⁾ I. 3. D. de compensationibus 16. 2.

²⁾ I. I. D. de compens. 16. 2.

³⁾ I. 2. D. h. t.

⁴⁾ I. 1. § 4. de contr. tut. 26. 4.

щего право зачета ¹⁾, а не послѣдствіе противопоставленія встрѣчныхъ требованій.

Только когда требованіе зачета предъявлено, примѣняется положеніе: *pro soluto compensationem haberi oportet* ²⁾.

Для того, чтобы зачетъ состоялся, противопоставленное требованіе должно быть прежде всего дѣйствительнымъ—

Quaecumque per exceptionem perimi possunt in compensationem non veniunt, ³⁾—

срокъ удовлетворенія по нему долженъ быть наступившимъ уже.

Quod in diem debetur non compensabitur antequam dies venit, quamquam dari oporteat ⁴⁾.

Обязательства должны простираться на вещи одинаковаго рода, что бываетъ обыкновенно, когда дѣло идетъ о вещахъ замѣнимыхъ, *res fungibiles*,— это правило заключается въ вышеприведенныхъ положеніяхъ римскихъ источниковъ—*ideo compensatio necessaria est quia interest non solvere quam solutum repetere*;—

наконецъ, противопоставляемое требованіе должно быть *liquidum* т. е. его дѣйствительность и содержаніе должны быть доказуемы въ непродолжительное время, въ противномъ случаѣ судья въ правѣ устранить противопоставляемое требованіе, предоставляя зачетчику предъявить свое право въ особомъ процессѣ ⁵⁾.

Liquidi cum illiquido nulla compensatio.

Прекращается ли раздѣлительное обязательство путемъ зачета?

Какъ нормальный случай раздѣлительнаго обязательства мы имѣли въ виду случаи, когда объекты обязательства обозначены индивидуально. Если одно требованіе простирается на извѣстной видъ, то оно можетъ быть уравновѣщено другимъ требованіемъ только тогда, когда

¹⁾ I. 21. D. de compens 16. 2.

²⁾ I. 4. C. de compens IV 31. ср. также

I. 4. de compens 16. 2.

³⁾ I. 14 D. de compens 16. 2.

⁴⁾ I. 6. pr. D. de compens 16. 21

⁵⁾ I 14 § 1 C. de compens IV. 31.

и другое требованіе имѣть своимъ предметомъ тотъ же видъ. Разумѣется, подобный случай бываетъ весьма рѣдко. Поэтому, мы здѣсь будемъ предполагать раздѣлительныя обязательства, хотя одинъ предметъ которыхъ составляютъ вещи замѣнимыя, *res fungibiles*.

5. Положимъ А. требуетъ отъ В. 1000 руб. по долговой роспискѣ, В имѣетъ на А раздѣлительное обязательство на 500 руб. или на извѣстную лошадь.

Можетъ ли здѣсь состояться зачетъ?

Для зачета необходима однородность предметовъ обонхъ требованій: имѣется ли здѣсь эта однородность?

Очевидно, эта однородность здѣсь будетъ только тогда, когда имѣющій право выбора по раздѣлительному обязательству выбираетъ тотъ самый предметъ, который однороденъ съ предметомъ другаго, противоположнаго требованія.

Въ данномъ случаѣ, если выборъ предоставленъ должнику, какъ это обыкновенно бываетъ, т. е. А, то отъ А, отъ самаго должника, будетъ зависѣть, согласится ли на зачетъ или нѣтъ.

Другое дѣло, разумѣется, когда выборъ принадлежитъ вѣрителю, т. е. тому, который требуетъ зачета. Въ такомъ случаѣ онъ безпрепятственно можетъ примѣнить свое право зачета, выбирая предметъ, могущій быть засчитаннымъ.

Но для того, чтобы однородность требованій была юридически признана, выборъ долженъ состояться въ обязательной формѣ.

Если выборъ предоставленъ должнику, т. е. тому, кто, въ данномъ случаѣ, предъявляетъ раздѣлительное требованіе для зачета, то слѣдуетъ вспомнить, что *gens excipiendo fit actor*, что отвѣтчикъ, дѣлающій возраженіе, рассматривается какъ истецъ относительно этого возраженія. Поэтому, сдѣланный имъ выборъ становится для него обязательнымъ тогда же, когда онъ сталъ бы обязательнымъ для истца по раздѣлительному обязательству: выборъ обязательенъ съ момента *litis contestatio*,—съ момента, рассматриваемаго какъ начало процесса.

Когда право выбора принадлежитъ истцу, то и относительно него

litis contestatio имѣетъ силу договора; начиная съ этого момента, какъ намъ уже извѣстно, вѣритель связанъ учиненнымъ выборомъ.

И такъ мы приходимъ къ заключенію, что *раздѣлительное обязательство можетъ быть уничтожено зачетомъ только тогда, когда оно вслѣдствіе выбора, сдѣланнаго въ обязательной формѣ, превращается въ одночленное*, т. е. раздѣлительное обязательство, пока оно остается таковымъ, никогда не можетъ подвергаться дѣйствию зачета.

2. Тоже самое, естественно, бываетъ и въ томъ случаѣ, если раздѣлительное обязательство предъявлено искомъ, а отвѣтчикъ представляетъ для зачета одночленное обязательство.

Если право выбора на сторонѣ отвѣтчика, то отъ него самого зависитъ сдѣлать зачетъ возможнымъ, выбирая для уплаты по раздѣлительному обязательству предметъ, однородный съ предметомъ одночленного обязательства.

Если же право выбора принадлежитъ истре, то зачетъ возможенъ только въ случаѣ, если истецъ непосредственно обращаетъ свое требованіе на одинъ изъ предметовъ раздѣлительнаго обязательства и именно на предметъ, однородный съ предметомъ противоположнаго требованія.

Но если истецъ предпочелъ предъявить свое требованіе альтернативно, оставляя за собою выборъ до производства уплаты, то въ такомъ случаѣ зачетъ непримѣнимъ.

3. Болѣе сложнымъ, хотя подлежащимъ рѣшенію на тѣхъ же основаніяхъ, представляется случай, когда два раздѣлительныхъ обязательства противопологаются одно другому.

Мнѣніе наше подтверждается

I. 22. D de compens. XVI. 2.

Scaevola libro II. Quaestionum

Si debeas decem millia, aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio huius debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset.

Если ты долженъ десять тысячъ или раба, что изъ сихъ двухъ предметовъ пожелаетъ противная сторона, то зачетъ этого обязательства допускается въ такомъ слу-

чаѣ, если противная сторона прямо заявитъ, что изъ сихъ двухъ предметовъ она желаетъ.

§ 6.

Договоръ о невзысканіи, pactum de non petendo.

Въ противоположность заявленію кредитора о полученіи уплаты, *ассертитатіо*, договоръ о невзысканіи, *pactum de non petendo*, есть неформальный договоръ, по которому вѣритель освобождаетъ должника отъ обязательства. Между тѣмъ какъ *ассертитатіо* возможна только при словесномъ договорѣ, *verborum obligatio*, *pactum de non petendo*, напротивъ, примѣнимъ вездѣ. Конечно, въ нѣкоторомъ отношеніи, онъ не имѣетъ такого дѣйствія, какъ заявленіе кредитора о полученіи уплаты.

Когда договоръ о невзысканіи касается раздѣлительнаго обязательства, т. е. если вѣритель общаетъ вообще не предъявлять своего права по раздѣлительному обязательству, то должникъ, естественно, считается свободнымъ.

Другое дѣло, если договоръ о невзысканіи простирается только на одинъ предметъ раздѣлительнаго обязательства. Въ такомъ случаѣ, этотъ договоръ можетъ быть истолкованъ различно. Онъ можетъ быть понятъ какъ въ смыслѣ полнаго прекращенія раздѣлительнаго обязательства, такъ и въ смыслѣ сосредоточенія раздѣлительнаго обязательства на предметѣ, невошедшемъ въ договоръ о невзысканіи. Вопросъ рѣшается такъ или иначе, смотря по основному воззрѣнію на раздѣлительное обязательство. Мы выше рассмотрѣли этотъ вопросъ и указываемъ на раздѣлъ объ осуществленіи права выбора.

Г Л А В А VIII.

РАЗДѢЛИТЕЛЬНОЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВО КАКЪ ПРЕДМЕТЪ ОТКАЗА.

Если завѣщатель отказалъ принадлежащее ему требованіе, то наследникъ обязанъ перевести это требованіе на имя легатарія ¹⁾.

Если требованіе не существуетъ, то отказъ недействителенъ ²⁾.

Легать уничтожается, когда отказанное требованіе теряетъ силу. Если же отказанное требованіе прекратилось влѣдствіе производства уплаты наследнику, то легатарій въ правѣ требовать отъ наследника цѣнность требованія ³⁾.

Раздѣлительное обязательство также можетъ быть предметомъ отказа.

Въ источникахъ Римскаго права разсматриваются слѣдующіе примѣры подобнаго легата.

1. Простѣйшій случай приведенъ въ I. 75, § 3 de legatis I (30). Завѣщатель имѣетъ право требованія по раздѣлительному обязательству. Ему же предоставлено право выбора. Онъ дѣлаетъ свое требованіе предметомъ отказа. Легатарій въ правѣ требовать передачи обязательства, которое къ нему переходитъ съ правомъ выбора.

¹⁾ I. 18 C. de leg. 6. 37 l. 34 pr. D. l. leg. III (32).

²⁾ I. 75, §§ 1, 2 de leg. I. 30.

³⁾ I. 75, § 2. l. 82, § 5 de leg. I. l. 21 de lib. leg. 34, 3.

I. 75, § 3 de leg. I (30).

Ulp. lib. V Disp.

Si quis ita stipulatus: Stichum, aut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei debebatur, tenebitur heres eius, ut praestet legatario actionem, electionem habituro, utrum Stichum, an decem persequi malit.

Если кто стипуловалъ себя такимъ образомъ: Стиха или десять, что изъ сихъ двухъ я захочу, и послѣ этого онъ откажетъ свое право, то его наследникъ обязанъ уступить сіе право легатарію, которому предоставляется выборъ, пожелаетъ ли онъ требовать Стиха или десять.

Это мѣсто нами уже рассмотрѣно при изслѣдованіи личности права выбора.

Еслибы выборъ, въ данномъ случаѣ, принадлежалъ не завѣщателю, а должнику, то право легатарія на передачу обязательства нисколько этимъ не ограничилось бы, только легатарій не получилъ бы болѣе того, что имѣлъ завѣщатель; право выбора осталось бы за должникомъ.

2. Труднѣйшимъ является слѣдующій случай:

завѣщатель имѣетъ право требованія по раздѣлительному обязательству, предметъ котораго—рабъ Стихъ, или сумма въ 10 ассовъ. Право выбора на сторонѣ должника; завѣщатель отказываетъ Стиха.

Какъ нужно изъяснить этотъ отказъ?

а) Если въ раздѣлительномъ обязательствѣ, обѣ вещи состоятъ предметомъ долга, то нужно сказать: требованіе простирающееся на Стиха существуетъ, слѣдовательно отказъ этого требованія дѣйствителенъ; но первоначально дѣйствительный отказъ теряетъ силу, если должникъ выбираетъ для уплаты сумму въ 10 ассовъ, а не Стиха.

Этого мнѣнія держатся и Марцелль.

I. 50. § 1. de legatis II (31).

Marcellus l. 28. Digestorum.

Si Titius mihi Stichum aut decem debeat, et legavero tibi Stichum, dabo Stichum aut decem, et non tibi.

Если Титій мнѣ долженъ былъ дать Стиха или десять, и я тебѣ

chum quem mihi debet, placet ex- отказываю Стиха, котораго онъ
tingui legatum decem solutis. мнѣ долженъ, то отказъ прекра-
щается, въ случаѣ уплаты десяти.

Мы не думаемъ придавать особенное значеніе тому, что Марцеллъ говоритъ: «*Stichum quem mihi debet*», слова, которыми будто одинъ изъ предметовъ раздѣлительнаго обязательства означаетъ непосредственно состоящимъ предметомъ долга. Эти слова могли быть выраженіемъ не мнѣнія юриста, а воли завѣщателя. Гораздо важнѣе выраженіе *extingui legatum*: прекратиться можетъ только то, что существовало.

в) Если предметъ раздѣлительнаго обязательства неопредѣленный, то строгое толкованіе могло бы привести къ слѣдующему заключенію: по раздѣлительному обязательству завѣщатель имѣетъ право требовать раба Стиха или десять ассовъ. Предметомъ отказа назначено одночленное обязательство, объектъ котораго одинъ только рабъ Стихъ. Отказанное обязательство не существуетъ, существующее не отказано: отказъ поэтому не имѣетъ никакого значенія.

Болѣе же снисходительное толкованіе могло бы поддержать отказъ слѣдующимъ образомъ: легать можетъ рассматриваться какъ бы назначеннымъ въ безмолвномъ предположеніи, что именно отказанная вещь внесена будетъ должникомъ.

Этого воззрѣнія придерживается Юліанъ и къ нему присоединяется кажется Ульпіанъ.

I. 75. § 4 de legatis I (30).
Ulpianus l. V Disputationum.

Proinde si Stichum legaverit, quum ille ei Stichum, aut decem deberet, incerti actio legatario adversus heredem competit, ut scripsit Julianus libro trigesimo tertio Digestorum, per quam actionem compellat heredem experiri; et si Если завѣщатель отказываетъ Стиха, когда слѣдуетъ ему Стихъ или десять, то легатарій, по словамъ Юліана, въ двадцать третьей книгѣ дигестовъ, посредствомъ *actio incerta* можетъ требовать отъ наследника, чтобы онъ предъявилъ искъ

Stichum consecutus fuerit, praestabit ei, si decem, nihil consequetur; secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius is, cui Stichus legatus est. къ должнику; если наследникъ получитъ Стиха, то онъ долженъ отдать его, если же онъ получитъ десять, то легатарій ничего не получитъ; такъ что отъ воли должника зависить, будетъ ли тотъ, кому отказанъ Стихъ, легатаріемъ или нѣтъ.

Главнымъ образомъ зависить отъ должника, будетъ ли легатаріемъ тотъ, кому отказанъ Стихъ, an *sit legatarius is, cui Stichus legatus est*, говоритъ Юліанъ. Юліанъ не говоритъ, какъ Марцеллъ, объ уничтоженіи отказа.

Что въ приведенномъ случаѣ легатарій не можетъ требовать перенесенія обязательства—это въ порядкѣ вещей. Если выборъ принадлежитъ должнику, то легатарій могъ бы получить денежную сумму, которая ему вовсе не отказана. Легатарій, поэтому, можетъ только требовать отъ наследника, чтобы онъ вчинилъ противъ должника искъ, отъ исхода котораго будетъ зависѣть дѣйствительность отказа.

3. На основаніи такихъ же соображеній, какъ рассмотрѣнный подъ цифрой 2, нужно рѣшить слѣдующій случай.

I. 50 § 1 de legatis II. 31.
Marcellus l. 28 Dig.

Si Titius mihi Stichum aut decem debeat . . . et si diversis alii decem, alii Stichus legatus fuerit ex eventu solutionis legatum valet. Если Тицій мнѣ долженъ Стиха или десять и если отказано было разнымъ лицамъ, одному—десять другому—Стихъ, то отъ исхода уплаты зависить сила отказа.

Такимъ образомъ, если должникъ уплатить денежную сумму, то легатарій, которому она отказана, обладаетъ дѣйствительнымъ легатомъ. Если же должникъ отдастъ раба, то это будетъ въ пользу другаго легатарія.

4. Но какъ поступить, если *вѣритель* имѣетъ право выбора въ раз-

дѣлительномъ обязательствѣ и отказываетъ одинъ изъ раздѣлительно обещанныхъ предметовъ одному лицу, а другой предметъ другому лицу?

Въ данномъ случаѣ, отъ самаго вѣрителя завѣнть, опредѣлить предметъ обязательства и прекратить неизвѣстность взноса. Какое значеніе имѣетъ послѣ этого отказъ двухъ вещей, изъ которыхъ вѣритель долженъ получить только одну?

Можно предположить, что завѣщатель хотѣлъ дѣйствительность одного или другого отказа поставить въ зависимость отъ воли наследника, къ которому переходятъ всѣ права его.

Подобное толкованіе могло бы быть принято. Но Римляне придерживались болѣе благоприятнаго для легатаріевъ толкованія: одинъ легатарій могъ требовать предметъ ему назначенный, другому легатарію предоставлялось получить стоимость другого предмета.

Таковъ смыслъ слѣдующаго мѣста:

l. 76 de legatis et fideicommissis I. (30)
Julianus I. XXXIV Digestorum.

Quodsi quis Stichum aut Pamphilum stipulatus Sempronio Stichum legasset, Maevio Pamphilum, oneratus heres intelligitur, ut necesse habeat alteri actionem suam, alteri aestimationem Stichi aut Pamphili dare.

Если кто выговорилъ себя Стиха или Памфила и отказалъ Семпронію Стиха, Мевію Памфила, то наследникъ считается обязаннымъ уступить одному изъ а другому отдать стоимость Стиха или Памфила.

Можно было бы подумать что въ приведенномъ мѣстѣ говорится о случаѣ, когда выборъ принадлежитъ должнику, такъ какъ здѣсь не высказано, что право выбора на сторонѣ вѣрителя. Предположеніе о томъ, что оно на сторонѣ должника, было бы не безосновательно. Между тѣмъ, въ данномъ случаѣ, по той причинѣ нужно предположить, что выборъ на сторонѣ вѣрителя, что наследникъ уступаетъ требованіе одному изъ легатаріевъ. Это было бы невозможно, еслибы отъ выбора должника зависѣло, какую именно вещь слѣдуетъ отдать.

Если бы въ приведенномъ случаѣ выборъ принадлежалъ должнику, то l. 76 de legatis I и l. 50 § 1 de legatis II находились бы въ неразрѣшномъ противорѣчій. Хотя мы не боимся признавать противорѣчія и не благопріятно относимся къ искусственнымъ согласованіямъ, однако мы находимъ бесполезнымъ открывать противорѣчія тамъ, гдѣ ихъ вовсе нѣтъ.

Замѣчательную аналогію съ приведеннымъ рѣшеніемъ представляетъ ¹⁾.

l. 82 § 5 de legatis I (30)
Julian. lib. XXXIII Dig.

Qui Caium et Lucium eisdem pecuniae reos habebat, si ita legaverit: quod mihi Caius debet, id heres meus Sempronio damnas esto dare; quod mihi Lucius debet, id heres meus Maevio damnas esto dare, eam conditionem heredis sui constituit ut, si necesse habeat alteri actiones suas, alteri litis aestimationem praestare.

Если тотъ, кому Кай и Луцій должны солидарно одну и ту же сумму, назначаетъ отказъ слѣдующаго рода: то, что мнѣ Кай долженъ, мой наследникъ обязанъ дать Семпронію; то, что мнѣ Луцій долженъ, мой наследникъ обязанъ отдать Мевію,—то онъ этимъ обязываетъ наследника, уступить одному праву иска (съ Кая и Луція), а другому уплатить цѣнность иска.

5. Послѣ вышесказаннаго не трудно будетъ рѣшить также и слѣдующій случай.

Вѣритель имѣетъ право требованія по раздѣлительному обязательству. Выборъ принадлежитъ ему же. Онъ отказываетъ одну изъ альтернативно-слѣдующихъ вещей. Спрашивается, какимъ образомъ легатарій долженъ осуществить свое право по отказу?

Въ противоположность тому, какъ въ подобномъ же случаѣ, когда право выбора на сторонѣ должника, легатарій въ правѣ требовать, чтобы наследникъ уступилъ ему право иска на отказанный предметъ.

Это слѣдуетъ по аналогіи съ l. 76 de legatis I.

¹⁾ Ср. также l. 13 § 1 de leg. 11.

Г Л А В А IX.

РАЗДѢЛИТЕЛЬНОЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВО ПРИ ПОРУЧИТЕЛЬСТВѢ.

§ 1.

О поручительствѣ вообще.

Поручительство, какъ известно, есть обѣщаніе, данное въ обезпеченіе чужаго кредитора, исполнить обязательство его должника, если послѣдній самъ не исполнитъ его.

Въ Юстиніановомъ правѣ, обыкновенная форма поручительства, такъ называемая *fidejussio*, есть поручительство въ формѣ стипуляціи.

Рядомъ съ *fidejussio* въ Римскомъ правѣ были еще два вида поручительства:

во первыхъ, такъ называемое *constitutum debiti alieni*—не формальное обѣщаніе отвѣтственности за чужой долгъ;

во вторыхъ, такъ называемое въ настоящее время *mandatum qualificatum* порученіе кому нибудь, дать взаймы третьему лицу. Уполномоченный, *mandatarius*, имѣетъ противъ третьяго лица обыкновенный долговой искъ, *condictio certi ex mutuo*; если же онъ не удовлетворяется имъ, то онъ получаетъ право иска противъ уполномочившаго, *mandator*, на всю сумму или на неуплаченную часть ея.

Мы здѣсь будемъ говорить только о *fidejussio*.

Поручительство, *fidejussio*, можетъ быть устанавливаемо при обязательствахъ всякаго рода. Оно можетъ быть установлено какъ одновременно съ главнымъ обязательствомъ, такъ и послѣ и прежде него.

Но во всякомъ случаѣ поручительство есть только побочное, дополнительное обязательство, и этимъ объясняются извѣстныя, весьма значительныя особенности его.

Fidejussoris obligatio accessio est principalis obligationis, говоритъ Гай, III 126. Обязательство поручителя должно считаться дополнительнымъ къ главному обязательству.

Безъ главнаго обязательства немислимо поручительство. Отсюда римляне выводили, что обязательство поручителя должно простирается на тотъ же предметъ, какъ и главное обязательство. Поручительство, простирающееся на другой предметъ, было бы, по мнѣнію римлянъ, поручительствомъ по другому обязательству. Существующее главное обязательство было бы поэтому безъ поручительства, поручительство было бы безъ главнаго обязательства, вслѣдствіе чего оно не имѣло бы никакой силы.

Яволенъ весьма ясно высказываетъ это правило въ

l 42 D. de fidejuss. et mand. 46. 1.

Javolenus l. X. epistolarum.

Si ita fidejussorem accerero: quod ego decem credidi de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse jubes? non obligatur fidejussor, quia in aliam rem quam quae credita est, fidejussor obligari non potest...

Если бы я принялъ поручителя такимъ образомъ: въ томъ что я одолжилъ десять, ручаешься ли ты за эти деньги тысячей мѣръ хлѣба? поручитель не обязывается, ибо обязываться другой вещью, нежели тою, которая была одолжена, поручитель не можетъ...

Марцеллъ придерживался такого же воззрѣнія какъ и Яволенъ ¹⁾. Мало по малу мѣсто этого принципа началъ заступать другой:

¹⁾ l. 8 § 8 D. h. t. l. 38 pr. h. t.

обязательство поручителя не должно быть обременительнѣе обязательства главнаго должника.

I. 34 D. h. t.

(Paulus l. 72 ad edictum).

Hi qui accessionis loco promittunt in levio- rem causam accipi possunt, in deterio- rem non possunt. Поручители могутъ быть приняты на болѣе благоприятныхъ условіяхъ, на менѣе благоприятныхъ не могутъ.

Подобнаго же мнѣнія были кажется и Гай, Юліанъ и Ульпіанъ ¹⁾.

Сначала, принципъ—*in aliam rem quam quae credita est fidejussor, obligari non potest* и другой принципъ — *hi qui accessionis loco promittunt in levio- rem causam accipi possunt* — вѣроятно не исключали другъ друга: оба были попытками формулировать дѣйствующее право и свести его къ одной основной мысли ²⁾.

Но, разъ приняты, эти принципы должны были повлечь за собою необходимыя послѣдствія, противоположность ихъ должна была обнаружиться,—борьба между ними была неизбежна.

Антагонизмъ этотъ всего разительнѣе проявляется въ вопросахъ, подлежащихъ теперь нашему разсмотрѣнію.

§ 2.

Раздѣлительное обязательство какъ обязательство дополнительное.

1. Можетъ ли поручитель обязываться раздѣлительнымъ образомъ, въ случаѣ, если обязательство главнаго должника есть простое?

Источники разсматриваютъ здѣсь слѣдующіе случаи:

а) главнѣйшій должникъ обязался отдать раба Стиха, поручитель же обѣщаль раба Стиха или сумму въ десять ассовъ.

¹⁾ I. 8 §§ 8 и 9 D. h. t. Gaius III 126.

²⁾ Girtauner die Bürgschaft § 11.

Положеніе обоихъ должниковъ, главнаго должника и поручителя, очевидно, различное и, нѣкоторымъ образомъ, положеніе главнаго должника болѣе благоприятно. Въ особенности это обнаруживается при случайной гибели предмета обязательства.

Если рабъ Стихъ случайно умираетъ, то главный должникъ тотчасъ освобождается отъ обязательства, но другое дѣло поручителя: для него обязательство сосредоточивается на другомъ изъ альтернативно слѣдующихъ предметовъ, на сумму въ десять ассовъ, и отъ этого обязательства никакой случай не можетъ освободить его. Юридически, деньги всегда существуютъ. Случай, когда должникъ не имѣетъ денегъ, разсматривается только какъ личное затрудненіе, а не какъ невозможность уплаты.

Обязательство поручителя обременительнѣе обязательства главнаго должника, и съ этой точки зрѣнія оно должно быть признано ничтожнымъ.

Но обязательство поручителя въ данномъ случаѣ и потому еще будетъ признано недѣйствительнымъ, что оно существенно различается отъ обязательства главнаго должника.

Въ рѣшеніи разсмотрѣннаго здѣсь случая сходятся оба принципа.

б) Представимъ себѣ, напротивъ, что должникъ обязался къ уплатѣ известной суммы денегъ,—здѣсь обязательство главнаго должника таковаго рода, что оно не можетъ быть прекращено случайной гибелью объекта,—а поручитель—къ уплатѣ такой же суммы или раба Стиха.

Такъ какъ одинъ изъ альтернативно обѣщанныхъ предметовъ — деньги, то естественно, что поручитель, также какъ и главный должникъ, случайной гибелью объекта обязательства не можетъ быть освобожденъ отъ своей обязанности. Но поручитель имѣетъ то преимущество предъ должникомъ, что ему предоставляется выборъ: если ему это выгодно, онъ можетъ, освободиться отъ обязательства, отдачею раба Стиха.

Если обязательство поручителя недѣйствительно только тогда, когда оно тяжелѣе главнаго обязательства, то въ настоящемъ случаѣ раз-

дѣлительное обязательство поручителя должно считаться дѣйствительнымъ.

По теоріи же о необходимости тождества главнаго и дополнительнаго обязательствъ, поручительство, въ данномъ случаѣ, не имѣетъ силы.

l. 8 de fidejussoribus et mandatoribus. 46, 1.

Ulpianus l. XLVII ad Sabinum.

§ 8. Si quis Stichum stipulatus fuerit, fidejussorem ita acceperit: Stichum aut decem fide tua iubes? non obligari fidejussorem Iulianus ait, quia durior eius fit conditio, utpote quum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur. Marcellus autem notat, non ideo tantum non obligari, quia in durio rem conditionem acceptus est, sed quia et in aliam potius obligationem acceptus est; denique pro eo, qui decem promiserit, non poterit fidejussor ita accipi, ut decem aut Stichum promittat, quamvis eo casu non fit ejus durior conditio.

Если тотъ, кто выговорилъ себѣ Стиха, приметъ поручителя такимъ образомъ: ручаешься ли ты въ доставленіи Стиха или десяти? то поручитель не обязывается, говоритъ Юліанъ, потому что его положеніе тяжелѣе, что окажется, въ случаѣ смерти Стиха, когда онъ все таки остается обязаннымъ. Но Марцеллъ замѣчаетъ, что поручитель не обязывается не только потому, что онъ принятъ на тяжчайшихъ условіяхъ, но потому, что онъ принятъ по другому вовсе обязательству; поэтому же, за того, кто обѣщаетъ десять, невозможно принять поручителя такимъ образомъ: десять или Стиха, хотя въ этомъ случаѣ положеніе его не труднѣе.

Вообще мы можемъ сказать: съ точки зрѣнія теоріи тождества, той теоріи, которой придерживаются Яволень и Марцеллъ, поручитель не можетъ обязываться альтернативнымъ образомъ въ случаѣ, если главное обязательство одночленное.

Напротивъ, съ точки зрѣнія теоріи, прежде всего имѣющей въ виду

тяжесть обязательствъ, альтернативное поручительство по одночленному обязательству можетъ быть допускаемо, если только обязанности, которыя взялъ на себя поручитель, не превышаютъ обязанностей главнаго должника.

Въ источникахъ не затронутъ случай, когда главное обязательство простирается на индивидуально-опредѣленный предметъ, положимъ— раба Стиха, употребляя любимый примѣръ источниковъ, поручительство же, напротивъ, простирается на раба Стиха или Памфила, то есть, альтернативно на два индивидуально обозначенныхъ предмета. Въ такомъ случаѣ поручительство слѣдовало бы признать недѣйствительнымъ и съ точки зрѣнія *durior causa*: случайная гибель Стиха, которая освободила бы главнаго должника, сосредоточила бы только обязательство поручителя на рабѣ Памфилѣ.

§ 3.

Раздѣлительное обязательство какъ главное обязательство.

2. Поручительство по раздѣлительному обязательству можетъ ли быть одночленнымъ?

Съ точки зрѣнія теоріи тождества главнаго обязательства съ поручительствомъ, отвѣтъ на этотъ вопросъ долженъ быть безусловно отрицательный.

Является ли одночленное обязательство главнымъ и раздѣлительное дополнительнымъ, или наоборотъ — здѣсь все равно. Оба обязательства, въ данномъ случаѣ, простираются на различные предметы, суть *aliae res*, и этого достаточно для отрицательнаго рѣшенія настоящаго вопроса.

Совсѣмъ другое съ точки зрѣнія большей или меньшей тяжести обязательствъ, *durior causa*.

Представимъ себѣ, что главный должникъ обязался отдать Стиха или Памфила, поручитель въ своемъ ручательствѣ обѣщаетъ только

Стиха. Будетъ ли положеніе поручителя обременительнѣе положеніе главнаго должника или нѣтъ?

На этотъ вопросъ не легко отвѣтить. Съ одной стороны должникъ имѣетъ преимущество выбора, онъ можетъ, по своему желанію, отдать Стиха или Памфила—преимущество, недостающее поручителю. Съ другой стороны, поручитель освобождается гибелью Стиха, между тѣмъ какъ главный должникъ остается обязаннымъ относительно Памфила; въ этомъ отношеніи положеніе поручителя болѣе выгодное.

Какое преимущество важнѣе? Абстрактно отвѣтить на этотъ вопросъ—едва ли возможно, по нашему мнѣнію. Юристъ Павелъ, напротивъ, полагаетъ вообще, что положеніе поручителя въ такомъ случаѣ благоприятнѣе.

По мнѣнію Павла, поэтому, ручательство однимъ, индивидуальнo обозначеннымъ, предметомъ должно оставаться въ силѣ, хотя главное обязательство—раздѣлительное и простирается на тотъ же самый или на другой предметъ.

l. 34 h. t.

Paulus lib. 72 ad edictum.

... Quid ergo, si a reo Stichum aut Pamphilum, a fidejussore Stichum interrogem, utrum in deteriorem causam acceptus est sublata electione, an in meliorem? Quod et verum est, quia mortuo eo liberari potest.

... Если я стипулирую отъ главнаго должника Стиха или Памфила, отъ поручителя только Стиха, принять ли поручитель на худшихъ условіяхъ, будучи лишень права выбора, или на лучшихъ? Вѣрно послѣднее, ибо смертью Стиха онъ освобождается отъ обязательства.

Тутъ легко можетъ статься, что поручитель уплатитъ совсѣмъ не то, что уплатилъ бы главный должникъ.

Мы едва ли можемъ сказать, что положеніе, установленное Павломъ въ l. 34, составляетъ общее правило.

Представимъ себѣ, что главное обязательство простирается альтернативно на извѣстную сумму денегъ или на индивидуальнo определен-

ный предметъ, поручительство же только на денежную сумму. Положеніе поручителя здѣсь очевидно худшее. Случайная гибель предмета обязательства не можетъ освободить его, какъ и главнаго должника, но послѣдній пользуется преимуществомъ выбора, чего недостаетъ поручителю.

Въ такомъ случаѣ поручительство будетъ недѣйствительнымъ и съ точки зрѣнія Павла.

§ 4.

Раздѣлительное обязательство какъ главное и дополнительное обязательство.

По раздѣлительному обязательству можетъ ли быть принято раздѣлительное поручительство?

а) Въ источникахъ мы находимъ рѣшеніе только *одного* случая, съ точки зрѣнія теоріи тождества, именно, когда право выбора въ главномъ обязательствѣ на сторонѣ должника, а въ дополнительномъ—на сторонѣ поручителя.

l. 38. pr. h. t.

Marcellus libro XX Digestorum.

Si Stichum aut Pamphilum stipulatus essem, utrum promissor noluisset, non possum fideiussorem ita accipere: Stichum aut Pamphilum, utrum fideiussor vellet, quia futurum esset in eius potestate, alium velle, quam reus voluisset.

Если бы я стипулировалъ себѣ Стиха или Памфила, котораго изъ нихъ должникъ захочетъ, то я не могу принять поручителя такимъ образомъ: Стиха или Памфила, котораго изъ нихъ захочетъ поручитель, потому что тогда отъ поручителя будетъ зависѣть выбрать другаго, чѣмъ выбралъ бы главный должникъ.

Основаніе это вѣрно и въ томъ случаѣ, если въ главномъ обяза-

тельствѣ выборъ принадлежитъ должнику, а въ дополнительномъ вѣрителю, или наоборотъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, въ дополнительномъ обязательствѣ легко могъ бы быть выбранъ другой предметъ, нежели въ главномъ обязательствѣ.

Только въ одномъ случаѣ слѣдовало бы и съ точки зрѣнія теоріи тождества допустить раздѣлительное поручительство по раздѣлительному обязательству, именно, когда выборъ, какъ въ главномъ обязательствѣ, такъ и въ поручительствѣ, предоставленъ вѣрителю.

Маркеллъ поэтому долженъ былъ бы сказать:

Si Stichum aut Pamphilum stipulatus essem, utrum ego vellem, *possum* fidejussorem ita accipere Stichum aut Pamphilum, utrum ego vellem.

Если я стипулировалъ себя Стиха или Памфила, котораго изъ нихъ я захочу, я могу принять поручителя такимъ образомъ: Стиха или Памфила, котораго изъ нихъ я захочу.

б) Съ точки зрѣнія *durior causa*, въ источникахъ рѣшены два случая:

l. 8 § 9. h. t. 46. 1.

Ulp. l. XLVII ad Sabinum.

Idem Julianus ait, si is, qui hominem aut decem dari stipulatus fuerat, fideiussorem ita acceperit: hominem aut decem, utrum ego velim? non obligabit eum, quia durior eius conditio facta est.

Тотъ же Юліанъ говоритъ, если тотъ кто выговорилъ себя по стипуляціи, чтобъ ему данъ былъ одинъ рабъ или десять, принялъ поручителя такимъ образомъ: раба или десять, которое изъ сихъ двухъ я (вѣритель) захочу, то поручитель не обязывается, потому что его положеніе хуже положенія должника.

l. 8 § 10. eod.

Contra autem, is, qui hominem aut decem, utrum ipse stipulator volet, stipulatus est, recte

Напротивъ же, и тотъ кто выговорилъ себя раба или десять, что онъ самъ, стипуляторъ, захо-

fidejussorem ita accipiet: decem aut hominem, utrum tu voles? fit enim, inquit, hoc modo fidejussoris conditio melior.

чешъ, правильно приметъ поручителя такимъ образомъ: раба или десять, что изъ сихъ двухъ ты захочешь,—потому что положеніе поручителя, рѣшаетъ онъ (Юліанъ) будетъ лучше.

По смыслу этихъ двухъ рѣшеній мы должны сказать:

поручительство должно считаться дѣйствительнымъ въ томъ случаѣ, когда оно не можетъ быть опровержено даже съ точки зрѣнія теоріи тождества;

оно дѣйствительно и тогда, если въ главномъ обязательствѣ выборъ предоставленъ должнику, а въ поручительствѣ—поручителю.

Допускается ли раздѣлительное поручительство тогда, если главное обязательство простирается совмѣстно на тѣ же предметы, которые въ поручительствѣ обѣщаны альтернативно?

Очевидно, что такое поручительство можетъ быть допускаемо съ точки зрѣнія *durior causa*. Въ источникахъ мы находимъ это ясно выраженнымъ въ

l. 8 § 11 h. t. 46. 1.

(Ulp. lib. XLVII ad Sabin.)

Sed etsi reum sic interrogavero: Stichum et Pamphilum? fidejussorem: Stichum aut Pamphilum? recte interrogem, quia levior fidejussoris conditio est.

Еслибъ я спросилъ должника такимъ образомъ: Стиха и Памфила? а поручителя—Стиха или Памфила? обѣ стипуляціи были бы дѣйствительны, потому что положеніе поручителя легче.

Но какъ слѣдовало бы рѣшить этотъ случай съ точки зрѣнія теоріи тождества?

Совмѣстное и раздѣлительное обязательства существенно разнятся одно отъ другаго. Если исходить изъ этого воззрѣнія, то поручительство должно быть признано недѣйствительнымъ.

Но въ данномъ случаѣ было бы возможно признать поручитель-

ство действительнымъ и съ точки зрѣнія теоріи тождества. Слѣдовало бы только припомнить то положеніе, что поручитель, обѣщающій только часть того, что слѣдуетъ отъ главнаго должника, не обѣщаетъ другого предмета, и что обѣщаніе его, поэтому, действительно.

Если примѣнимъ это положеніе къ разсматриваемому случаю, то найдемъ:

главнымъ должникъ обѣщаль Стиха и Памфила. Стихъ и Памфилъ суть только части цѣлаго, которое они составляютъ вмѣстѣ взятые ¹⁾. Поручитель обѣщаетъ Стиха или Памфила, онъ слѣдовательно хочетъ отдать только часть, а не цѣлое, онъ только оставляетъ неопредѣленнымъ, *какую* именно часть онъ желаетъ отдать.

Раздѣлительное поручительство должно поэтому оставаться вѣсилъ, какъ поручительство за часть главнаго обязательства.

§ 5.

Новѣйшія законодательства.

Имѣютъ ли вышеприведенныя соображенія значеніе для права новѣйшихъ народовъ, и насколько именно, вполнѣ зависитъ отъ того, насколько въ новѣйшихъ законодательствахъ принята теорія тождества или теорія равной тяжести главнаго и дополнительнаго обязательствъ.

1. Прусское земельное право безусловно требуетъ существованія главнаго обязательства, не говоритъ ничего о необходимомъ тождествѣ объекта, но опредѣленно указываетъ то правило, что поручитель не долженъ обязываться обременительнѣе главнаго должника. Правило это формулируется прусскимъ законодательствомъ нѣсколько тѣсно конечно, такъ какъ оно имѣетъ въ виду только тотъ случай, когда поручитель обязывается *къ большому* сравнительно съ главнымъ должникомъ ²⁾.

¹⁾ Posenbalg die Bürgschaft p. 175.

²⁾ A. L. R. I. 5. §§ 277, 279 и 286.

2. Австрійскій гражданскій сводъ не обращаетъ вниманія на тождество объекта главнаго обязательства и дополнительнаго, а говоритъ только объ *удовлетвореніи* вѣрителя поручителемъ. Удовлетвореніе, естественно, можетъ состояться и посредствомъ другого предмета, нежели въ главномъ обязательствѣ, но это предполагаетъ правило, что дополнительное обязательство не можетъ быть обременительнѣе главнаго ¹⁾.

3. Постановленія Code Napoleon касательно нашего предмета содержатся въ слѣдующихъ статьяхъ:

2011. Кто принимаетъ на себя поручительство по обязательству, тотъ обязывается, по отношенію къ кредитору, исполнить это обязательство, если оно не будетъ исполнено самимъ должникомъ.

2013. Поручительство не можетъ превышать того, къ чему обязанъ должникъ, ни быть дано на условіяхъ болѣе обременительныхъ.

Оно можетъ быть дано въ части только обязательства и подъ условіями менѣе обременительными.

Поручительство, превышающее долгъ, либо данное подъ условіями болѣе обременительными, не считается недѣйствительнымъ, но подлежитъ лишь обавкѣ до размѣра главнаго обязательства.

Code Napoleon придерживается скорѣе точки зрѣнія *durior causa*, нежели теоріи тождества. Французское правовѣдѣніе желало бы казется соединить оба воззрѣнія ²⁾: оба обязательства должны быть тождественны, и поручительство, какъ дополнительное обязательство, не должно быть обременительнѣе главнаго обязательства.

Въ разсмотрѣнныхъ нами случаяхъ раздѣлительныхъ обязательствъ или поручительствъ особенно трудно примѣненіе статьи 2013-й.

Представимъ себѣ случай, что главное обязательство одночленное, поручительство же альтернативно простирается или на объектъ главнаго обязательства, или на другой.

По мнѣнію французскихъ юристовъ, принципъ тождества главнаго и дополнительнаго обязательствъ еще не нарушенъ. Только остается

¹⁾ См. §§ 1342 и слѣдующіе.

²⁾ Delvincourt Cours t. III ad locos citatos p. 484.

нерѣшеннымъ (in suspenso) какого рода обязательство, принятое на себя поручителемъ?

Если поручитель выберетъ для уплаты вещь, слѣдующую отъ главнаго должника, то въ такомъ случаѣ поручительство дѣйствительно, и оно влечетъ за собою всѣ послѣдствія, сопряженныя съ обязательствами подобнаго рода. Если же поручитель выбираетъ другую вещь, то поручительство будетъ составлять своего рода самостоятельный договоръ ¹⁾.

§ 6.

ПРОДОЛЖЕНЕ.

Какъ мы видѣли, правило, по которому поручительство не должно быть обременительнѣе главнаго обязательства, послѣдовательно проведенное, приводило уже въ Римскомъ правѣ къ тому, что вѣритель легко могъ получить отъ поручителя другой предметъ нежели тотъ, который онъ получилъ бы отъ главнаго должника.

Окончательно ли была поэтому порвана связь съ правиломъ необходимого тождества главнаго и дополнительнаго обязательствъ?

Совсѣмъ нѣтъ. Разрывъ былъ очень нерѣшительный и робкій. Предварительно онъ высказывается въ выше-разсмотрѣнныхъ случаяхъ, въ которыхъ была возможность найти тождество между главнымъ обязательствомъ и дополнительнымъ.

Особенно ли было найдено это тождество, если поручительство также альтернативно, какъ и главное обязательство. Принадлежитъ ли выборъ въ главномъ обязательствѣ вѣрителю, а въ дополнительномъ—должнику, или въ обоихъ обязательствахъ выборъ принадлежитъ должнику, то есть, въ одномъ обязательствѣ—главному должнику, въ дру-

¹⁾ Delvincourt Cours t. III ad locos citatos p. 484.

гомъ — поручителю, различіе лицъ, имѣющихъ право выбора, можетъ считаться только видоизмѣненіемъ одного и того же раздѣлительнаго обязательства: ибо всегда предполагается, что оба альтернативно обѣщанные предмета въ обоихъ обязательствахъ одни и тѣже.

Труднѣе признать это тождество было—когда главное обязательство было раздѣлительное, а дополнительное одночленнымъ, или наоборотъ, хотя и здѣсь главное обязательство и дополнительное находились въ связи посредствомъ одной вещи, такъ какъ одна изъ альтернативно обѣщанныхъ вещей всегда была предметомъ одночленнаго обязательства. Но какимъ образомъ здѣсь бы могла быть рѣчь о тождествѣ обоихъ обязательствъ, особенно если считать раздѣлительное обязательство неопредѣленнымъ? Какимъ образомъ опредѣленное обязательство, obligatio certa, могло бы быть тождественно съ неопредѣленнымъ обязательствомъ, obligatio incerta?

Строгіе приверженцы теоріи тождества, какъ мы уже видѣли, считали нарушеніемъ принципа тождества, если поручительство было также альтернативно и распространялось на тѣже самые предметы, какъ и главное обязательство, и отличалось отъ него только лицомъ, имѣющимъ право выбора. Въ случаяхъ, въ которыхъ одно изъ обязательствъ было одночленнымъ, а другое раздѣлительнымъ, нарушение принципа тождества должно было быть, въ ихъ глазахъ, вопіющимъ.

Приверженцы теоріи, главнымъ образомъ обращавшей вниманіе на большую или меньшую тяжесть обязательствъ, прибѣгали къ слѣдующему своеобразному средству: они объявили именно, что само по себѣ раздѣлительное обязательство *существенно* не различается отъ одночленнаго обязательства, простирающагося на одну изъ альтернативно обѣщанныхъ вещей, оно тоже обязательство, только видоизмѣненное.

Обѣщаніе уплатить «а» или «b»—есть обѣщаніе уплатить «а», видоизмѣненное альтернативой на «b», или обѣщаніе уплатить «b», видоизмѣненное альтернативой на «а».

Теорію эту мы находимъ обширно развитою Павломъ въ
l. 44 de obligationibus et actionibus. 44, 7.

Paulus LXXV ad edict.

Pr. Obligationum fere quatuor Условія обязательствъ бываютъ
causae sunt: aut enim dies in his четырехъ родовъ: въ нихъ содер-
est, aut conditio, aut modus, aut ac- жится или срокъ, или условіе (въ
cessio. тѣсномъ смыслѣ), или видоизмѣ-
неніе или дополненіе.

§ 3. Modus obligationis est, quum § 3. Видоизмѣненіе обязатель-
stipulatur decem, aut hominem, ства бываетъ, если примѣрно вы-
nam alterius solutio totam obliga- говариваемъ десять или раба, ибо
tionem interimit, nec alter peti уплата одного прекращаетъ все
potest; utique quamdiu utrumque обязательство, и пока оба (пред-
est. мета обязательства) существуютъ,
не можетъ быть требуемъ исклю-
чительно одинъ (предметъ).

Теорія эта имѣла бы нѣкоторый видъ истинны, если къ раздѣлитель-
ному или одночленному обязательству дополнительнымъ образомъ
присоединилось одночленное обязательство или раздѣлительное: во
всякомъ случаѣ подъ этой теоріею скрывалось только обличіе *fide-
jussio* и *constitutum*.

Въ *constitutum debiti alieni*, въ этой свободнѣйшей формѣ поручи-
тельства, по римскому праву, открыто выражено было то начало, что
поручительство дѣйствительно и тогда, если поручитель обѣщаетъ
удовлетворить вѣртеля хотя и другимъ предметомъ, нежели въ глав-
номъ обязательствѣ.

Относительно вопроса о тождествѣ содержанія главнаго обязатель-
ства и поручительства развитіе римскаго права, гадается, не доведено
до конца. *Fideiussio* остановилась здѣсь на подорожѣ.

Новѣйшія германскія законодательныя работы, въ ученіи о поручи-
тельствѣ имѣвшія главнымъ образомъ въ виду образецъ римской *fi-
desussio*, не смотря на то, рѣшительно и ясно отказываются отъ прин-
ципа тождества и доверяютъ такимъ образомъ процессъ развитія,

начатый, въ этомъ отношеніи, въ римскомъ правѣ. Въ особенности,
мы видимъ это въ Саксонскомъ гражданскомъ кодексѣ и въ Бавар-
скомъ проектѣ. Но оба стоятъ за то, что обязательство поручителя не
должно быть обременительнѣе'обязательства главнаго должника.

Такимъ же духомъ проникнуты и мѣстные законы нашихъ остзей-
скихъ губерній ¹⁾.

¹⁾ Bürg. gesetzb. f. d. Kön. Sachsen § 1455.

Baier. entw. A. A. 864 и 865.

Privatrecht der Ostseeprovinzen A. A. 4509 и 4510.

Г Л А В А X.

ИСКЪ ПО РАЗДѢЛИТЕЛЬНОМУ ОБЯЗАТЕЛЬСТВУ.

I.

Всякій, кто занимался Римскимъ правомъ, по необходимости долженъ былъ усвоить себѣ формы Римскаго судопроизводства, безъ чего съ трудомъ понятно и матеріальное Римское право. Мы желаемъ здѣсь, на сколько это необходимо для нашей задачи, напомнить читателю главнѣйшія характеристическія черты Римскаго процесса классическаго времени. Прежде всего, напомнимъ о своеобразномъ дѣленіи судебного разбирательства.

Искъ предъявлялся государственному сановнику, который формулировалъ спорные вопросы — разбирательство *in iure*.

Cognitio и *sententia*, оцѣнка фактовъ и окончательный приговоръ, подлежали присяжнымъ, *judices* — разбирательство *in iudicio*. Присяжный рѣшаетъ все дѣло, вопросъ о правѣ и вопросъ о фактѣ, *rem Auli Agerii esse, Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere etc.*

Это дѣленіе судебного разбирательства составляло такъ называемый *ordo iudiciorum*.

Разбирательство *in iudicio* происходило на основаніи формулы, установленной *in iure*: письменнаго предписанія, даваемого присяжному.

Та часть предписанія, въ которомъ означены были: вещь, обязательство или семейное право, требуемая истцомъ, называется *intenti-*

o. При неопредѣленныхъ искахъ, *intentio* также была неопредѣленною: *quidquid Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet*. Причина спора приводилась обыкновенно въ особенномъ предисловіи къ предложенію, въ такъ называемой *demonstratio*.

Формулою присяжному предписывалось, если истецъ былъ правъ, приговорить отвѣтчика, въ противномъ случаѣ, оправдать его. Эта структура формулы имѣла своимъ послѣдствіемъ, что въ случаѣ, если истецъ предъявлялъ большее требованіе, нежели какое ему дѣйствительно принадлежало, онъ, вслѣдствіе преувеличенія, терялъ и меньшее требованіе.

Но превышеніе иска, *plus petere*, не могло, естественно, случиться при неопредѣленной *intentio*. Кто требуетъ *quidquid Numerium Negidium dare facere oportet*, никогда не можетъ требовать слишкомъ много.

Превышеніе иска, *plus petere*, возможно только, когда истецъ требуетъ нѣчто опредѣленное, гдѣ является *intentio certa*.

Превышеніе иска возможно въ четырехъ случаяхъ: *re* — если требуютъ слишкомъ многого, *tempore*, слишкомъ рано, *loco*, въ не надлежащемъ мѣстѣ, *causa*, на другихъ условіяхъ.

1. Если дано раздѣлительное обѣщаніе, и право выбора на сторонѣ должника, то вѣритель, естественно, можетъ вчинить только раздѣлительный искъ. Если бы онъ захотѣлъ требовать одинъ опредѣленный предметъ, то онъ провинился бы въ превышеніи иска ¹⁾. Притязаніе, *intentio*, должно быть, поэтому, также неопредѣленнымъ, *incerta*. Формула на основаніи раздѣлительнаго обязательства гласила бы, приблизительно, слѣдующимъ образомъ:

Titius iudex esto. Quod Aulus Agerius a Numerio Negidio Stichum aut Pamphilum dari stipulatus est quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet, ejus Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

2. Если же вѣритель, напротивъ, выговорилъ себѣ право выбора, то и

¹⁾ См. ниже § 33 *Inst. de actionibus* VI, 6.

въ такомъ случаѣ онъ долженъ былъ предъявить раздѣлительный искъ, если онъ хотѣлъ сохранить за собою право выбора до исполненія рѣшенія, но онъ могъ также непосредственно направить свой искъ на одну изъ альтернативно обѣщанныхъ вещей и придать ему опредѣленный характеръ ¹⁾.

Въ такомъ случаѣ, формула могла быть такого рода:

Titius iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Stichum dare oportere, quanti ea res est Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret absolve.

3. Если раздѣлительное обязательство возникло изъ договора, неопредѣленного по самому существу своему, какъ въ случаѣ договора *bonae fidei*, изъ купли-продажи, напримѣръ, то притязаніе, *intentio*, должно было быть неопредѣленнымъ и тогда, если право выбора было на сторонѣ вѣрителя. Формула, приблизительно, гласила бы тогда:

Titius iudex esto: Quod Aulus Agerius a Numerio Negidio Stichum aut Pamphilum emit, utrum voluerit, qua de re agitur quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, ejus Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

4. По классическому праву, судебное разбирательство всякаго дѣла могло производиться только разъ. Если дѣло разъ дошло до *judicium*, то право иска, выразившееся въ *intentio*, было исчерпано навсегда.

Но какъ поступить, если изъ одной юридической сдѣлки возникаютъ многія исковыя требованія, осуществимыя въ различное время? Представимъ себѣ пожизненное право на ежегодные взносы. Обязательство здѣсь неопредѣленное и составляетъ, поэтому, одно цѣлое, которое не распадается на извѣстное число отдѣльныхъ обязательствъ. Для того, чтобы въ такомъ случаѣ искъ о срочной уплатѣ не уничтожилъ всего права, настоящее *judicium* должно быть удержано въ предѣлахъ требованія данной минуты, посредствомъ особаго прибавленія къ формулѣ, т. е. *praescriptio*.

¹⁾ См. ниже I. 75. § 8 de V. O. 45, 1.

Поэтому, въ случаѣ, напримѣръ, пожизненнаго обязательства къ ежегодному, альтернативному взносу, формула на единичный случай годичной уплаты должна была бы гласить:

Titius iudex esto. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio domum vendidit ea lege ut Numerius Negidius ei habitationem praestaret donec viveret aut in singulos annos decem ¹⁾, cujus rei dies fuit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, ejus Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve ²⁾.

Въ источникахъ, особенное значеніе для нашего предмета имѣють слѣдующія мѣста:

a) I. 75 § 8 de verbor. obl. 45. 1.
Ulp. lib. XXII ad Ed.

Qui illud, aut illud stipulatur, Кто стипулировалъ себѣ одно или другое, напримѣръ, десять или *veluti decem, vel hominem Stichum... utcumque is, qui sibi electionem constituit adiectis his verbis: utrum ego velim, potest videri certum stipulatus, quum ei liceat vel hominem tantum, vel decem tantum intendere sibi dari oportere; qui vero sibi electionem non constituit incertum stipulatur.* раба Стиха... кто предоставляет себѣ выборъ, присовокупляя слова: что изъ сихъ двухъ я захочу, можетъ разсматриваться, какъ стипулировавшій себѣ нѣчто опредѣленное, такъ какъ ему дозволено обратить свое требованіе либо исключительно на раба, либо исключительно на десять; тотъ же, кто не выговорилъ себѣ права выбора, стипулировалъ неопредѣленное.

b) § 33 Inst de actionibus IV, 6.

... causa plus petit: ut ecce ... требуетъ лишняго, если кто стипулировалъ себѣ отъ тебя та-

¹⁾ I. 21 § 6 de actionib. emt. venditi 19, 1.

²⁾ Rudorff Röm. Rechtsgeschichte II § 41.

minem Stichum, aut decem aureos dare spondes? deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit: qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario et eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriore. Qua de caussa talis in ea re prodita est actio, *ut quis intendat, hominem Stichum, aut aureos decem sibi dari oportere*, id est, ut eodem modo peteret, quo sibi stipulatus est ¹⁾.

Послѣ вышесказаннаго, эти два мѣста не требуютъ дальнѣйшаго комментарія.

II.

И по новѣйшимъ законодательствамъ, вѣритель обязанъ вчинить альтернативный искъ, въ случаѣ, если право выбора на сторонѣ должника. Если же вѣритель имѣетъ право выбора, то онъ можетъ обратиться свой искъ непосредственно на одинъ предметъ.

нимъ образомъ: раба Стиха или десять золотыхъ обѣщаешь дать? а потомъ требуетъ одного изъ двухъ, напримѣръ, раба только или только десять золотыхъ. Требованіе считается преувеличеннымъ потому, что въ обязательствѣ такого рода выборъ принадлежитъ обѣщавшему, пожелаетъ ли онъ отдать деньги или раба. Поэтому если кто обращаетъ свое требованіе исключительно на отдачу денегъ или раба, отнимаетъ выборъ у противника, чѣмъ дѣлаетъ свое положеніе лучшимъ, а положеніе противника худшимъ. Поэтому въ данномъ случаѣ, установлена была исковая формула такого рода, чтобъ intentio была обращена на «раба Стиха, или десять золотыхъ», то есть, чтобъ требованіе соответствовало стипуляціи.

Это правило прямо признано во Французскомъ и Прусскомъ правовѣдѣніи ¹⁾.

По Прусскому праву, вѣрителю дозволяется однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, непосредственно обратиться свой искъ на одинъ предметъ, даже и тогда, когда право выбора на сторонѣ должника; но должнику предоставляется, въ такомъ случаѣ, осуществить свое право выбора въ формѣ возраженія ²⁾.

III.

Здѣсь мы рассмотримъ еще одинъ вопросъ французскаго права, которое для насъ тѣмъ болѣе важно, что оно дѣйствуетъ въ одной мѣстности Россіи.

По французскому законодательству, искъ признается движимостью или недвижимостью, смотря по тому, составляетъ ли предметъ его движимое имущество или недвижимое ³⁾.

Къ какому роду имущества слѣдуетъ отнести послѣ этого искъ по раздѣлительному обязательству, въ случаѣ, если одинъ изъ предметовъ обязательства движимое имущество, а другой—недвижимое?

Въ рѣшеніи этого вопроса французское правовѣдѣніе исходитъ изъ того воззрѣнія, что раздѣлительное обязательство, по своему объекту, есть первоначально неопредѣленное обязательство. Только состоявшийся выборъ, говорятъ французскіе юристы, опредѣляетъ, составляетъ ли искъ движимость или недвижимость.

Изъ этого можно вывести, напримѣръ, слѣдующее заключеніе:

Одинъ мнѣ долженъ брильянтъ или извѣстную недвижимость. Я отказываю свое движимое имущество лицу *A*, недвижимое — лицу *B*. Здѣсь, очевидно, зависитъ отъ должника, получить ли что нибудь *A* или *B*.

¹⁾ Dalloz s. v. Obligations № 1399 Koch, Recht der Forderungen bd. I § 5.

²⁾ Koch l. c.

³⁾ Codéciv, статья 526.

Положимъ, что, въ данномъ случаѣ, право выбора принадлежало мнѣ. Тогда нужно будетъ рѣшить жребіемъ, перейдетъ ли право выбора къ *A* или *B* ¹⁾.

У насъ подобные вопросы не могутъ возникать потому уже, что, по Русскому законодательству, всѣ иски по обязательствамъ разсматриваются какъ движимое имущество.

¹⁾ Dalloz s. v. Obligations № 9339; Toullier—t. 6, № 695.

Г Л А В А X I.

З А К Л Ю Ч Е Н І Е.

§ 1.

Теорія условности раздѣлительныхъ обязательствъ.

Между различными теоріями, возникшими для разъясненія явленій раздѣлительнаго обязательства, были и такія, которыя, какъ читатель можетъ вспомнить, старались рѣшить возникающіе при раздѣлительномъ обязательствѣ вопросы, вводя въ это обязательство условіе, какъ необходимый элементъ ¹⁾. Нѣкоторые прибѣгали къ суспензивному условію, другіе къ резолютивному. Первые, очевидно, полагали несомнѣннымъ съ сущностью раздѣлительнаго обязательства, съ самаго установленія обязательства считать предметомъ долга ту или другую вещь. Последніе, напротивъ, исходили изъ того возрѣнія, что *utrumque est in obligatione, unum in solutione* и посредствомъ резолютивнаго условія старались доказать, что со вносомъ одной вещи, другая перестаетъ подлежать обязательству.

Предположимъ ли, что при раздѣлительномъ обязательствѣ каждая вещь состоитъ предметомъ долга, подъ условіемъ, «ежели не внесена другая», или предположимъ, наоборотъ, что каждая вещь состоитъ предметомъ долга, пока не отдана другая,—это рѣшительно все равно: невозможно допустить ни того, ни другаго предположенія. Только

¹⁾ Ср. главу I.

весьма немного стоит углубиться въ сущность раздѣлительнаго обязательства, чтобы убѣдиться, какъ мало съ нею согласуются эти предположенія. Поэтому теорія объ условности раздѣлительнаго обязательства и нашла очень мало приверженцевъ. Знаменитѣйшіе юристы весьма справедливо предостерегали отъ нихъ ¹⁾. Дѣйствительно, краткаго разъясненія достаточно будетъ, чтобы убѣдиться въ несостоятельности теорій условности.

1. Прежде всего рождается вопросъ, какъ именно формулировать условіе? Готовредъ, какъ намъ извѣстно, представлялъ себѣ условіе, выраженнымъ такимъ образомъ: «*si alterum non dederit*». Выраженіе это очевидно предполагало, что раздѣлительное обязательство становится одночленнымъ только при исполненіи. Но обращеніе раздѣлительнаго обязательства въ одночленное совпадаетъ посредствомъ выбора вообще, сдѣланнаго въ обязательной формѣ. Слово *dare* должно было бы замѣниться поэтому словомъ *eligere*. Этимъ формулированіемъ устранилось бы только одно затрудненіе, но далеко не все.

2. Условіе только тогда должно считаться исполненнымъ, если оно въ точности исполнено такимъ же самымъ образомъ, какъ оно первоначально устанавливалось и предполагалось. Положеніе это необходимо ведетъ къ личности права выбора, ведетъ слѣдовательно къ заключенію, которое должно быть вообще отвергнуто. И этому злу можно было бы помочь надлежащимъ формулированіемъ условія, придавъ ему болѣе эластичный и безличный характеръ.

3. Никакимъ формулированіемъ нельзя однако устранить слѣдующее странное и не допустимое послѣдствіе условности раздѣлительнаго обязательства. Въ случаѣ просрочки, раздѣлительныя частицы «*vel*» или «*aut*», по необходимости, превращаются въ связующую частицу «*et*», раздѣлительное обязательство становится соединительнымъ. Я обѣщаль предметъ «*a*», подъ условіемъ, что не выберу предмета «*b*»,

¹⁾ Windscheid, Pandekten. § 255.

Fitting, Natur der Corr. obligation. § 23.

предметъ «*b*» — подъ условіемъ, что не выберу предмета «*a*». Мнѣ сдѣлано напоминаніе объ уплатѣ. Наступаетъ срокъ уплаты. Я не дѣлаю слѣдуемаго выбора. Какія возникаютъ изъ этого послѣдствія? Я долженъ «*a*», потому что не выбралъ «*b*», я долженъ «*b*», потому что не выбралъ «*a*». Тоже самое бываетъ и тогда, если считать условіе резолютивнымъ. Я долженъ каждый предметъ, пока я не выбралъ другого, слѣдовательно, если я, съ наступленіемъ срока уплаты, не дѣлаю выбора, то я долженъ оба предмета, окончательно и безусловно.

4. Условный отказъ приобрѣтается, какъ намъ извѣстно, только въ томъ случаѣ, если осуществляется условіе ¹⁾. Если бы раздѣлительное обязательство было условнымъ, то раздѣлительный отказъ, производящій раздѣлительное обязательство, долженъ былъ бы разсматриваться какъ условный отказъ. Но этого не бываетъ. Раздѣлительный отказъ приобрѣтается, какъ безусловный. И здѣсь, моментъ смерти завѣщателя составляетъ *dies cedens*.

L. 19. de opt. vel elect. leg. 33. 5.

Paulus lib. III Sententiarum.

Illud aut illud, utrum elegerit То или другое, что выберетъ *legatarius; nullo a legatario electo* легатарій, — если легатарій, не *decedente eo post diem legati cedentem ad heredem transmitti placuit.* сдѣлавъ выбора, умретъ по вступленіи отказа въ силу, то отказъ переходитъ къ его наследникамъ.

Легатъ приобрѣтается такимъ образомъ, до производства выбора, то есть, передъ осуществленіемъ условія ²⁾.

5. Намъ извѣстно, что если въ раздѣлительномъ обязательствѣ выборъ принадлежитъ должнику и вѣритель уничтожаетъ одинъ изъ обѣщанныхъ предметовъ, раздѣлительное обязательство сосредоточивается на оставшемся предметѣ: вѣритель хотя и обязывается къ вознагражденію за уничтоженный предметъ, но, несмотря на то, получаетъ оставшійся предметъ. Совсѣмъ иначе слѣдовало бы рѣшить этотъ

¹⁾ l. 5, § 2 quando dies legatorum 36. 2.

²⁾ Ср. также l. 14, pr. §§ 1 и 3 quando dies leg. 36. 2.

случай, если бы раздѣлительное обязательство считалось условнымъ. Уничтоженіемъ одного предмета вѣритель дѣлаетъ невозможнымъ осуществленіе условія, подъ которымъ ему обѣщанъ былъ уничтоженный предметъ. Онъ вынуждаетъ, такимъ образомъ, вносъ другого предмета. Но въ римскомъ правѣ существуетъ, какъ извѣстно, правило, по которому, если исполненію условія мѣшаетъ то лицо, которое заинтересовано въ неисполненіи его, условіе должно считаться исполненнымъ.

l. 161 D. de reg. jur. 50. 17.

Ulpianus (libro LXXVII ad Edictum).

In iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset.

Въ гражданскомъ правѣ принято, что если тотъ, кому выгодно, чтобы условіе не сбылось, содѣйствуетъ тому, чтобы оно не сбылось, то слѣдуетъ поступить, какъ въ случаѣ, если бы условіе исполнилось.

Кредиторъ раздѣлительнаго обязательства долженъ, поэтому, довольствоваться тѣмъ, что уничтоженный имъ предметъ считается выбраннымъ должникомъ и вѣненнымъ ему въ уплату. Но такое рѣшеніе не соответствовало бы духу римскаго права, какъ намъ уже извѣстно изъ раздѣла III, главы VI.

6. Наконецъ, какъ намъ извѣстно, отличительнымъ свойствомъ *legatum optionis* отъ прочихъ отказовъ съ правомъ выбора было то, что *legatum optionis* считалось обусловленнымъ актомъ выбора.

Неумѣстность этой системы и относительно *legatum optionis* была такъ чувствительна, что Юстиніанъ напелся вынужденнымъ положить ей конецъ законодательнымъ путемъ ¹⁾.

Мы очень легко могли бы увеличить число доводовъ противъ идеи условности раздѣлительнаго обязательства. Но идея эта нашла такъ мало сочувствія въ науцѣ и, сама по себѣ, она такъ шатка и безсиль-

¹⁾ § 23 J. II. 20.

на, что бесполезно употребить противъ нея слишкомъ много времени и труда.

§ 2.

Наша теорія раздѣлительныхъ обязательствъ.

При изложеніи, въ первой главѣ, противоположности основныхъ воззрѣній на сущность раздѣлительнаго обязательства, мы сказали, что противоположность эта обнаружится во всей полнотѣ и со всѣми послѣдствіями только при подробномъ разсмотрѣніи казуистики предмета.

Впродолженіе всего нашего изслѣдованія мы и старались раскрыть противоположность принциповъ и выводовъ изъ нихъ. Гдѣ представлялось умѣстнымъ, мы разсматривали, насколько соответствуетъ сущности дѣла, рѣшеніе даннаго случая по одному или другому принципу.

Какой же принципъ долженъ считаться наиболее вѣрнымъ? Должны ли мы держаться того взгляда, что объектъ раздѣлительнаго обязательства, первоначально неопредѣленный, опредѣляется только впоследствии состоявшимся выборомъ, или оба предмета раздѣлительнаго обязательства должны считаться состоящими предметомъ долга съ самаго установленія обязательства?

Изъ предшествующихъ главъ можно было видѣть, что нѣкоторые случаи можно было рѣшить вѣрно только на основаніи одного принципа, по другимъ же случаямъ возможно было постановить правильное рѣшеніе только на основаніи другого принципа. Съ другой стороны, какъ одинъ, такъ и другой принципъ ведетъ къ нѣкоторымъ заключеніямъ, которыя должны быть отвергнуты.

Стоитъ только вспомнить ученіе о вліяніи заблужденія при выборѣ и о послѣдствіяхъ вины должника на права и обязанности сторонъ, участвующихъ въ раздѣлительномъ обязательствѣ. Если придерживаться ученія, что оба предмета раздѣлительнаго обязательства состо-

ять предметомъ долга, то нельзя было бы предоставить должнику право обратнаго требованія предмета, отданнаго имъ вѣрителю, по незнанію своего права выбора и въ увѣренности, что вѣрителю слѣдуетъ единственно этотъ предметъ. Съ точки зрѣнія этого ученія, право выбора должно было принадлежать прежнему вѣрителю, въ случаѣ, если должникъ отдалъ оба предмета, полагая ошибочно, что онъ долженъ оба. Другое ученіе—о неопредѣленности объекта раздѣлительнаго обязательства, вело въ данномъ случаѣ къ болѣе справедливымъ и удовлетворительнымъ рѣшеніямъ. Это ученіе приводило, напротивъ, къ совершенно нелѣпому заключенію, въ случаѣ если одинъ изъ альтернативно-объятанныхъ предметовъ уничтоженъ былъ по винѣ должника, а послѣ этого другой предметъ погибъ случайнымъ образомъ: послѣдовательно примѣненное, это ученіе вело бы здѣсь къ совершенному, освобожденію должника отъ обязательства. Здѣсь, напротивъ, гораздо удовлетворительнѣе рѣшеніе, основывающееся на томъ воззрѣніи, что оба предмета считаются состоящими предметомъ долга.

Безусловно, такимъ образомъ, нельзя доврѣться ни одному изъ этихъ двухъ основныхъ взглядовъ. Оба они ведутъ и къ вѣрнымъ, и къ ложнымъ заключеніямъ.

Какого же направленія слѣдуетъ намъ держаться? Должны ли мы пристать, какъ другіе, къ примирительной попыткѣ Ульпіана и считать предметомъ долга обѣ вещи, въ случаѣ, если право выбора на сторонѣ вѣрителя, если же право выбора на сторонѣ должника,—считать объектъ раздѣлительнаго обязательства неопредѣленнымъ?

Какъ слаба и неосновательна эта примирительная попытка, мы уже имѣли случай замѣтить въ первой главѣ.

Эта попытка вовсе не способствуетъ устраненію вышеизложенныхъ затрудненій. По ея смыслу, мы должны были бы руководствоваться въ одномъ случаѣ однимъ одностороннимъ принципомъ, въ другомъ случаѣ—другимъ, и должны были бы соглашаться, въ одномъ случаѣ, съ ложными доводами одного, въ другомъ случаѣ, съ ложными доводами другаго принципа.

Только хорошая комбинація обоихъ принциповъ въ состояніи при-

вести насъ къ истинѣ. Но спрашивается, какъ возможна комбинація между двумя столь разительно противоположными принципами? Дѣло однако гораздо проще, чѣмъ оно кажется съ перваго взгляда.

Прежде всего, мы должны конечно исходить изъ того основнаго положенія, что въ раздѣлительномъ обязательствѣ предметомъ долга состоитъ только одна вещь, но неизвѣстно какая именно. Въ пользу этого воззрѣнія говоритъ уже то, что оно безъ сомнѣнія самое естественное ¹⁾: въ раздѣлительномъ обязательствѣ, какъ извѣстно, вѣритель или должникъ имѣетъ право «выбора» между двумя или многими предметами. Въ самомъ понятіи о выборѣ заключается уже понятіе о чемъ-то нерѣшенномъ, неопредѣленномъ.

Но въ пользу этого воззрѣнія говоритъ не только то, что оно естественно, въ пользу его и логическій смыслъ раздѣлительнаго обязательства. Обѣщано «а» или «b». Если право выбора на сторонѣ должника, то онъ долженъ отдать «а» или «b», все «а» или все «b», онъ не въ правѣ дать часть «а» и часть «b». Въ раздѣлительномъ обязательствѣ одинъ предметъ исключаетъ другой. Но какимъ образомъ въ одно и тоже время могутъ считаться должными два предмета, изъ которыхъ одинъ исключаетъ другой? Обычная формула «слѣдуютъ оба предмета, но не совмѣстно, а альтернативно» содержитъ въ себѣ логическое противорѣчіе—это деревянное желѣзо.

Такъ какъ оба предмета раздѣлительнаго обязательства исключаютъ одинъ другой, то ни объ одномъ нельзя предварительно сказать, что онъ именно состоитъ предметомъ долга. Слѣдуемый предметъ предварительно неизвѣстенъ.

Но это не обязываетъ насъ принимать всѣ ложные выводы этого принципа.

Если слѣдуемый предметъ и неизвѣстенъ предварительно, то вѣрно во всякомъ случаѣ то, что каждый предметъ раздѣлительнаго обязательства можетъ сдѣлаться слѣдуемымъ предметомъ. Эта-то возможность налагаетъ на должника извѣстныя обязанности относительно каждаго предмета

¹⁾ Fitting. Natur der Correalobligation § 23 p. 239.

раздѣлительнаго обязательства. Должникъ обязанъ относиться къ каждому предмету порознь такимъ образомъ, какъ будто бы обязательство должно было сосредоточиться именно на данномъ предметѣ.

Поэтому, если одинъ предметъ раздѣлительнаго обязательства уничтоженъ по винѣ должника, то вознагражденіе становится эвентуальнымъ предметомъ долга на мѣстѣ первоначально эвентуальнаго предмета обязательства. Поэтому, если затѣмъ случайно погибаетъ другой предметъ раздѣлительнаго обязательства, то раздѣлительное обязательство сосредоточивается на вознагражденіи за первый предметъ, уничтоженный по винѣ должника.

Кому неизвѣстны своеобразныя постановленія Римскаго права и также большей части новѣйшихъ законодательствъ о такъ называемомъ *nasciturus*, зародышѣ? Обыкновенно, правоспособность начинается только съ рожденія. Дитя въ утробѣ матери не считается самостоятельнымъ существомъ, одареннымъ волей. Но не смотря на то, законодательство разсматриваетъ еще неродившагося, но только зачатого, какъ бы онъ уже родился: *nasciturus pro nato habetur*. Это дѣлается въ виду будущей возможности существованія дитяти. «Если младенцу въ утробѣ матери предоставляются права, то, хотя онъ и не можетъ ихъ имѣть, не будучи еще человѣкомъ и, слѣдовательно, не обладая еще правоспособностью, это предоставленіе правъ однако не ничтожно, если дитя впоследствии родится и станетъ слѣдовательно правоспособнымъ человѣкомъ, личною; права, въ такомъ случаѣ, считаются предоставленными правоспособному субъекту». «Если дитя рождается правоспособнымъ человѣкомъ, то, что касается его собственнаго правоваго состоянія, его существованіе, считается не съ момента рожденія, но уже съ момента зачатія»¹⁾.

Что младенецъ въ утробѣ матери, какъ субъектъ правъ, то предметы раздѣлительнаго обязательства, какъ объекты. Въ нѣкоторомъ смыслѣ и они суть *nascituri*, они предметы, которые могутъ сдѣлаться объектомъ права. Если они разъ стали такимъ объектомъ,

¹⁾ Windscheid. Pandekten bd. I § 52.

то они разсматриваются какъ бы они были объектомъ права съ самаго установленія обязательства, ибо съ самаго возникновенія обязательства они имѣлись въ виду, какъ возможные объекты права. Во вниманіе возможности стать дѣйствительными объектами обязательства, должно опредѣляться, поэтому, юридическое состояніе всѣхъ предметовъ раздѣлительнаго обязательства.

Положеніе предметовъ раздѣлительнаго обязательства подобно положенію объекта обязательства, заключеннаго подъ отлагательнымъ условіемъ, во время, когда еще не разрѣшилось условіе. Пока условіе не разрѣшено, не наступило еще дѣйствіе, долженствующее возникнуть изъ даннаго изъясненія воли. «Но¹⁾ вслѣдствіе того нельзя сказать, чтобы данное изъясненіе воли въ юридическомъ смыслѣ вовсе не существовало. Право не отрицаетъ дѣйствительности этого изъясненія, которое можетъ еще достигнуть полной юридической силы. Если оно еще не произвело того юридическаго дѣйствія, къ которому оно направлено, то оно все таки открыло надежду на это дѣйствіе, которой не можетъ быть лишень имѣющей на него условное право. Это значитъ, что тотъ, въ обремененіе котораго открыта эта надежда, не вправе ничего сдѣлать, чтобы въ случаѣ исполненія условія, имѣвшееся въ виду юридическое дѣйствіе не наступило вовсе или наступило не вполне—онъ считается уже обязаннымъ.»

Условно обязанному не дозволяется поэтому дѣлать такіа фактическія распоряженія, вслѣдствіе которыхъ имѣющееся въ виду право сдѣлалось бы неосуществимымъ или уменьшилось; онъ отвѣчаетъ за это по наступленіи условія и отвѣчаетъ также за нерадѣніе, смотря по содержанію даннаго юридическаго отношенія²⁾.

Принимая такимъ образомъ предметы раздѣлительнаго обязательства не какъ дѣйствительно слѣдующее, но какъ возможно слѣдующее, мы получаемъ ту комбинацію двухъ основныхъ воззрѣній, о которой мы говорили выше.

¹⁾ Windscheid Pandekten I, § 89.

²⁾ Ср. также Fitting die Natur der Correalobligationen § 23 p. 147.

Намъ основной принципъ, поэтому, слѣдующій: въ раздѣлительномъ обязательствѣ долгъ простирается на одинъ неопредѣленный предметъ изъ числа нѣкоторыхъ опредѣленныхъ предметовъ. Неопредѣленность прекращается (обыкновенно) выборомъ, сдѣланнымъ, въ обязательной формѣ, лицомъ, имѣющимъ право выбора. До того времени, гаждый подлежащій выбору предметъ считается возможнымъ предметомъ долга.

Основной принципъ, такимъ образомъ формулированный, предохраняетъ насъ отъ всѣхъ ложныхъ выводовъ изъ одностороннихъ посылокъ. Въ ученіи о *condictio indebiti* онъ даетъ намъ преимущества принципа неопредѣленности раздѣлительнаго обязательства, въ ученіи о винѣ должника онъ имѣетъ за собою выгоды противоположнаго принципа.

И такъ, раздѣлительное обязательство принадлежитъ, какъ мы видимъ, къ тѣмъ случаямъ, когда дѣйствительная природа юридическаго отношенія обнаруживается и опредѣляется только при посредствѣ послѣдующаго обстоятельства; обстоятельство это имѣетъ поэтому, обратное дѣйствіе ¹⁾ (*Fälle des Rückziehung*).

l. 15. D. de reb. dub. XXXIV. 5.
Marcianus libro II Regularum.

Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur, et apparet, quid actum est.

II.

Между Римскими юристами одинъ только Папиніанъ ясно сознавалъ природу раздѣлительнаго обязательства въ томъ смыслѣ, какъ мы ее понимаемъ.

¹⁾ Fitting. Begriff der Rückziehung.
l. 15. D. de reb.

l. 95. pr. de sol. et lib. XLVI. 3.
Papinianus libro XXVIII Quaestionum.

Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spones? altero mortuo, qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit: tunc enim perinde solus ille, qui decessit praebetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset.

Объясненіе ли отдать, по моему выбору, Стиха или Памфила?—то если одинъ изъ нихъ умретъ, можно будетъ требовать только оставшагося въ живыхъ, въ случаѣ если не было просрочки въ отношеніи умершаго, котораго истецъ выбралъ; потому что тогда умершій только можетъ быть доставленъ, какъ въ случаѣ, если бы онъ одинъ включенъ былъ въ обязательство.

Къ сожалѣнію, Папиніанъ, какъ намъ извѣстно, нарушаетъ въ этомъ фрагментѣ свой собственный принципъ.

Этотъ принципъ послѣдовательно проведенъ можетъ быть только у Юліана, по крайней мѣрѣ всѣ намъ извѣстныя рѣшенія этого юриста могутъ быть сведены къ этому принципу.

Остальные юристы, какъ мы видѣли, были болѣе или менѣе нерѣшительны и непослѣдовательны ¹⁾.

Изъ новѣйшихъ юристовъ весьма близки нашему воззрѣнію Фиттингъ и Виншейдъ ²⁾.

§ 3.

Названіе раздѣлительнаго обязательства.

Римлянамъ неизвѣстны были термины «*obligatio alternativa*» и «*obligatio disjunctiva*», употребляемые нынѣ для обозначенія раздѣлительнаго обязательства.

¹⁾ Fitting-Natur der Correalobligationen § 23 и слѣдующіе.
²⁾ Pandekten, II, § 255. Anm, 5.

Когда римляне говорят о раздѣлительномъ обязательствѣ, они обыкновенно описываютъ его, особеннаго же, краткаго, техническаго названія этого обязательства они не имѣютъ. Изъ уже не разъ приведенныхъ мѣстъ источниковъ, читателю извѣстно, какимъ образомъ римляне описывали раздѣлительное обязательство.

L. 25. pr. de contrab. empt. 18. 1.

Si ita distrahatur, illa aut illa res.

l. 34. § 6. eod.

Est mihi emptus Stichus aut Pamphilus.

l. 10. § 6. de jure dotium 23. 3.

Convenerit ut aut aestimatio aut res praestentur.

l. 138. § 1. de Verborum Obligationibus 45. 1.

Cum pure stipulatus sum illud aut illud dari.

l. 6. § 1. de jure patronatus 37. 14.

Stipulatus est centum operas aut in singelas quinos aureos dare...

Выраженіе «obligatio alternativa» вошло, кажется, въ употребленіе, въ средніе вѣка ¹⁾, выраженіе «obligatio disjunctiva» принято только въ началѣ новѣйшаго времени ²⁾. Но поводы возникновенія этихъ двухъ терминовъ находятся въ источникахъ римскаго права.

Для выраженія obligatio alternativa можно было бы привести извѣстное читателю мѣсто, въ которомъ Сцевола разсматриваетъ случай, когда rerum alternatio locorum alternationi mixta est ³⁾.

Что касается термина obligatio disjunctiva, то можно указать на рѣшеніе Палліана въ

l. 25. pr. quando dies legatorum 36. 2.

Quum illud aut illud legetur enumeratio plurium rerum disjunctivo modo comprehensa, plura legata non facit.

¹⁾ Bartolus въ summa ad l. 78. § 3. de leg. I. (30).

²⁾ Alciatus opp. t. II. Francof. 1618. p. 151.

³⁾ l. 2. § 3. de eo quod certo loco 134.

Болѣе вѣснымъ аргументомъ въ пользу этого техническаго выраженія можетъ служить

l. 124 de Verbor. Signif. 50. 16.

Proculus (libro II. Epistolarum).

Haec verba: ille, aut ille, non solum disiunctivae, sed etiam subdisiunctivae orationis sunt. Disiunctivum est, veluti quum dicimus: aut dies, aut nox est, quorumposito altero necesse est, tolli alterum; item sublato altero poni alterum.... Subdisiunctivi autem genera sunt duo: unum, quum ex propositis finibus ita non potest uterque esse, ut possit neuter esse, veluti quum dicimus: aut sedet, aut ambulat; nam ut nemo potest utrumque simul facere, ita aliquis potest neutrum, veluti is, qui accumbit. Alterius generis est, quum ex propositis finibus ita non potest neuter esse, ut possit utrumque esse, veluti quum dicimus: omne animal aut facit, aut patitur; nullum est enim, quod nec faciat, nec patiatur; at potest simul et facere, et pati.

Слова: «тотъ или тотъ» имѣютъ не только раздѣлительное, но также и подраздѣлительное значеніе. Въ раздѣлительномъ смыслѣ мы говоримъ, напримѣръ: теперь или день, или ночь; тутъ полагая одно, необходимо отвергнуть другое; равно если отрицается одно, то предполагается другое.... Подраздѣленіе можетъ быть двухъ родовъ: одинъ родъ—если изъ двухъ означенныхъ положеній оба въ одно время не могутъ имѣть мѣсто, но можетъ быть, что ни одно изъ нихъ не имѣетъ мѣста, напримѣръ, если мы говоримъ, онъ или сидитъ или ходитъ, такъ какъ никто не въ состояніи дѣлать это одновременно, но возможно чтобы кто либо не дѣлалъ ни того, ни другаго, напримѣръ, тотъ, кто лежитъ; другой родъ есть тотъ, когда изъ двухъ означенныхъ положеній, одно непременно должно имѣть мѣсто, но такимъ образомъ, что и оба мыслимы совмѣстно, напримѣръ, если мы говоримъ, всякое животное или дѣйствуетъ, или страдаетъ; такъ какъ нѣтъ животнаго, которое бы или

не дѣйствовало, или не страдало, но оно можетъ также, въ одно и тоже время, и дѣйствовать и страдать.

Изъ трехъ, приведенныхъ здѣсь значеній словъ *ille aut ille* Савинны выбралъ первое, то именно, которое большею частію имѣется въ виду при употребленіи термина *obligatio disjunctiva*.

Изъ этихъ двухъ техническихъ терминовъ: *obligatio alternativa* и *obligatio disjunctiva* каждый имѣетъ свои выгоды и невыгоды.

Выраженіе *obligatio alternativa* можетъ быть слишкомъ узко, оно относится собственно только къ тому случаю, когда альтернативно обѣщаны только два предмета. Но это названіе имѣетъ то важное преимущество, что оно указываетъ на колебаніе воли между однимъ и другимъ предметомъ и что оно выражаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что союзъ *aut*, раздѣляющій оба альтернативно обѣщанные предмета, въ тоже время связываетъ ихъ.

Выраженіе *obligatio disjunctiva* обнимаетъ конечно, всевозможные случаи раздѣлительнаго обязательства, какъ бы велико ни было число объектовъ, но оно характеризуетъ раздѣлительное обязательство въ состояніи неподвижнаго покоя, какъ будто альтернатива, выраженная словомъ «или» имѣла значеніе классификаціи. Кроме того, это названіе слишкомъ ударяетъ на моментъ отдѣленія альтернативно обѣщанныхъ предметовъ, другъ отъ друга.

Тѣ, по мнѣнію которыхъ раздѣлительное обязательство должно считаться обязательствомъ съ неопредѣленнымъ объектомъ, выкажутъ въ пользу выраженія *obligatio alternativa*. Считающій, напротивъ, обѣ вещи состоящими предметомъ долга будетъ стоять за выраженіе *obligatio disjunctiva*.

Юристъ ¹⁾, видящій во всякомъ раздѣлительномъ обязательствѣ два *obligationes certae*, извѣстнымъ образомъ зависящими только другъ отъ друга и считающій, слѣдовательно, обѣ вещи состоящими предметомъ

¹⁾ Thielemann de obl. § 1. 1, p. 2.

долга, предлагаетъ даже выраженіе *obligatio subdisjunctiva* въ третьемъ изъ вышеприведенныхъ значеній словъ *ille aut ille* въ l. 128 de V. S. 50. 16.

Изъ новѣйшихъ законодательствъ *Code Napoleon* употребляетъ выраженіе *obligations alternatives*, переданное у насъ, въ официальномъ переводѣ, словами «раздѣлительныя обязательства». Въ новѣйшихъ нѣмецкихъ законодательствахъ употреблено выраженіе *Wahlobligation*—обязательство съ выборомъ.

§ 4.

Мѣсто раздѣлительнаго обязательства въ системѣ права.

Едва ли можно найти предметъ общаго обязательственнаго права, на который сильнѣйшимъ образомъ не влияла бы сущность раздѣлительнаго обязательства. Поэтому на вопросъ о мѣстѣ изложенія правилъ раздѣлительнаго обязательства можно отвѣтить двояко: или что они должны излагаться въ различныхъ мѣстахъ системы обязательственнаго права въ связи съ ученіями, на которыя сущность раздѣлительнаго обязательства влияетъ видоизмѣняющимъ образомъ, или—что они должны быть сосредоточены въ особенномъ раздѣлѣ.

Понятія наши о системахъ Римскихъ юристовъ весьма неясны. Вслѣдствіе незначительнаго числа и отрывочности дошедшихъ до насъ остатковъ ихъ сочиненій, восстановленіе ихъ системъ невозможно. Вѣрное опредѣленіе мѣста, которое раздѣлительное обязательство занимало въ системахъ Римскихъ юристовъ, является поэтому неразрѣшимой задачей.

Поэтому мы будемъ довольствоваться обзоромъ двухъ главнѣйшихъ системъ Римскаго права.

Соотвѣтственно дуализму своего юридическаго развитія, Римляне имѣли двѣ главныя системы изложенія юридическаго матеріала: систему эдикта, и систему *jus civile* въ тѣсномъ смыслѣ, систему Сабин-

на, знаменитое сочиніе котораго о Римскомъ *jus civile* принималось обыкновенно, какъ основаніе для изложеній этой части гражданскаго права.

Такъ какъ въ пандектахъ Юстиніана принять въ сущности порядокъ эдикта, то вѣроятно, что мѣсто раздѣлительнаго обязательства въ системѣ пандектовъ тоже, какъ и въ литературѣ эдикта.

Но если раземотримъ мѣста пандектъ, трактующія о раздѣлительномъ обязательствѣ, то мы найдемъ, что они разсѣяны по всей системѣ. Раздѣлительныя стипуляціи разсматриваются въ ученіи о стипуляціяхъ, раздѣлительные отказы излагаются въ ученіи объ отказахъ, въ главахъ *de pactis, de acceptilatione, de novationibus* и др. мы встрѣчаемъ изложеніе правилъ о примѣненіи *acceptilatio, pactum de non petendo, novatio* и пр. къ раздѣлительному обязательству и т. д.

Точно такимъ же образомъ правила раздѣлительнаго обязательства разсѣяны были, кажется, въ системахъ гражданскаго права *ad Sabinum*. На это, по крайней мѣрѣ, указываютъ дошедшія до насъ мѣста изъ сочиненія Ульпіана *ad Sabinum*, трактующія о раздѣлительномъ обязательствѣ. Сочиненіе Ульпіана *ad Sabinum* состояло изъ 51-й книги, въ которыхъ предметъ гражданскаго права раздѣленъ былъ, соответственно системѣ Сабина, слѣдующимъ образомъ:

Система Сабина.	Система Ульпіана.
I. <i>de testamentis</i>	I. I — XIV
» <i>legata</i>	XV — XXV
II. <i>leges traditionum</i>	XXVII — XXX
III. Бракъ и <i>dos</i>	XXXI — XXXVI
<i>tutela</i>	XXXVII — XXXVI
IV. <i>furtum</i>	XI, — XII
V. <i>condictiones</i>	XLIII
<i>actiones aediliciae</i>	XLIV
<i>Stipulatio (solutio, fideiussio</i>	XLV
» <i>novatio (confusio)</i>	XLVI
» <i>duo rei, fideiussio,</i>	
<i>cautio judicio sisti</i>	XLVIII

<i>Stipulatio expromissio, acceptilatio</i>	XLVIII
» <i>satisfactio de evictione</i>	XLIX
» другіе вопросы	L

VI. *de iurisdictione magistratuum* I. LI.

Изъ сравненія системы Ульпіана и мѣстъ, извлеченныхъ изъ сочиненія Ульпіана *ad Sabinum* и трактующихъ о раздѣлительномъ обязательствѣ, мы можемъ вывести:

что мѣста, трактующія о раздѣлительномъ обязательствѣ, установленномъ путемъ отказа, заимствованы изъ книгъ *de legatis*:

I. 47 § § 2 и 3 <i>de legatis</i> I (30)	} взяты изъ книгъ XXII <i>ad Sabinum</i>	XXII
I. 34 § 14		XXIV
I. 14 <i>pr. quando dies legatorum</i> 36. 2		

Трактующая о *dos aestimata*

I. 10. § 6 <i>de jure dot.</i> 23 3	заимствована изъ I. XXXIV
-------------------------------------	---------------------------

Трактующія о *novatio, fideiussio, acceptilatio*

I. 8 § 4 <i>de nov. et deleg.</i> 46. 2	} происходитъ изъ I. XLVII	XLVI
I. 8 § 8 и слѣд. <i>de fideiuss</i> 46. 1		I. L
I. 13 <i>de acceptilat.</i> 46. 4		

Отрывки изъ сочиненій Павла и Помпонія представляютъ слишкомъ мало данныхъ, по которымъ можно было бы придти къ вѣрнымъ и точнымъ выводамъ.

Обратимся теперь къ новѣйшимъ законодательнымъ системамъ.

Прусское земское право представляетъ весьма мало опредѣленій о раздѣлительномъ обязательствѣ и то какъ-то случайно, въ нѣкоторыхъ мѣстахъ системъ. Обширнѣе разсматривается раздѣлительное обязательство только въ связи съ такъ называемымъ отказомъ съ правомъ выбора.

Опредѣленія Австрійскаго свода о раздѣлительномъ обязательствѣ также весьма скудны и въ отношеніи къ системѣ неважны.

Болѣе важны для насъ въ этомъ отношеніи Саксонскій гражданскій кодексъ и сводъ мѣстныхъ узаконеній Остзейскихъ губерній, также Code Napoleon и новѣйшій Баварскій проектъ, съ достаточною подробностью разсматривающіе раздѣлительное обязательство.

Саксонскій гражданскій кодексъ и мѣстныя узаконенія Остзейскихъ губерній распредѣляютъ постановленія о раздѣлительномъ обязательствѣ по различнымъ частямъ системы гражданскихъ законовъ.

Code Napoleon и Баварскій проектъ посвящаютъ раздѣлительному обязательству по особой главѣ.

Но эти два законодательства различаются другъ отъ друга по мѣсту, которое они отводятъ главѣ о раздѣлительныхъ обязательствахъ. Code Napoleon помѣщаетъ эту главу въ срединѣ общихъ постановленій обязательственнаго права, Баварскій же проектъ въ концѣ.

Распредѣленіе Баварскаго проекта намъ кажется болѣе цѣлесообразнымъ, такъ какъ правила раздѣлительнаго обязательства предполагаютъ почти всѣ общія начала обязательственнаго права.

Баварскій проектъ отличается еще той особенностью, что раздѣлительныя обязательства сопоставлены въ немъ съ коррелятивными обязательствами, какъ лично альтернативными.

Баварское законодательство увлеклось остроумной, но практически бесполезной параллелью, проведенной Фиттингомъ, между коррелятивными и раздѣлительными обязательствами, намеки на которую находятъ уже, какъ намъ извѣстно, въ Римскомъ правѣ.

5.0.3.9